المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم السياسة الشرعية

شعبة الأنظمة



المسؤولية العقدية للمستشار القانوني

- دراسة مقارنة -

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب

سلطان بن محمد الوهيبي

إشراف

الدكتور : عماد أبو صد

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

العام الجامعي ١٤٣٣/١٤٣٤هـ





إلى النور الذي ينير لي درب النجاح (والدي) الكريم أطال الله عمره على طاعته، فهو من علمني الإصرار والصبر و النجاح

وإلى والدتي - رحمها الله وغفر لها - التي افتقدها في مواجهة الصعاب، ولم تمهلها الدنيا لأرتوي من حنانها . . .

وإلى زوجتي الغالية التي عانت الصعاب وتحملت المشاق وساندتني ووقفت معي لأصل إلى الهدف

وإلى أهلي وعشيرتي . . . إلى أساتذتي . . . إلى زملائي . . . إلى الشموع التي تحترق لتضئ للآخرين . . . إلى كل من علمني حرفا

أهدي هذا البحث المتواضع راجياً من المولى عز وجل أن يجد القبول والنجاح

المقدمة :

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على النبي المصطفى ، وعلى آله وأصحابه ومن اقتفى .. أما بعد :

فمع ازدياد عدد السكان وتشابك العلاقات والمصالح التجارية والصناعية والزراعية والعمرانية بين الناس ازدادت أهمية الاستشارات القانونية أكثر من ذي قبل ، خاصة مع وجود ووفرة العديد من الأنظمة التي تنظم الحياة الاجتماعية والاقتصادية لدرجة أنه يصعب على المواطن العادي – و الذي يفترض معرفة الأنظمة – يصعب عليه فهمها أو حتى استخلاص مضمون القواعد القانونية منها ، فكم من حقوق ضاعت في ساحات المحاكم ، و كم من الناس من أهدروا عمرهم في السجون بسبب خطأ واحد كان يمكن تداركه باستشارة من محامي أو مستشار قانوني قبل الإقدام على أي عمل أياً كان نوعه فالأنظمة أصبحت تتداخل في كافة مناحي الحياة و ما من مسلك إلا و يحكمه نظام أو أكثر ، وكثيراً ما يجد الشخص نفسه في حاجة ماسة للاستشارة القانونية حيث تعتبر الاستشارة جزءاً هاماً من عمل رجل القانون وهي عبارة عن رأي قانوني يعطيه رجل القانون بالاستناد إلى النصوص القانونية وتفسيرها من قبل

الشـــــراح ومــــا اســــتقرت عليــــه المحــــاكم مــــن اجتهــــاد.
فقد يرغب شخص في القيام بعمل أو بنشاط معين ولذلك فهو بحاجة لمعرفة الإطار القانوني الذي يمكنه أن يتحرك ضمنه تحقيقاً لمصالحه الشخصية دون تعريض نفسه أو مصالحه أو مصالح الآخرين للضرر .

والمستشار القانوني مسؤولياته ذات جوانب متعددة فقد تكون مسؤوليته مسؤولية عقدية وقد تكون مسؤولية تقصيرية وقد تكون مسؤولية إدارية ، وحيث إن موضوع بحثنا الذي سنتطرق إليه :(المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) فسنستعين بالله تعالى لنبين الشروط والأركان والآثار حيث إن بعض المستشارين قد يخطئ باستشارته في سبيل تحقيق الحصول على الكسب المادي مع عدم الأمانة ، وهذا التصرف يشكل بلا شك خطراً ينتج عنه الضرر الموجب للتعويض ، ولقد اهتمت هذه الدراسة بما اهتمت به الدراسات الأخرى لتلك الجوانب من حياة الإنسان .

إذن المسؤولية العقدية تقوم في حالة عدم تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه ، ولو نفذ الالتزام جزئيا ، أو بعد الوقت المعين له ، أو على غير الوجه المحدد له ، فهي باختصار : جزاء إخلال أحد العاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه.

فموضوع (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) هو موضوعنا الذي اخترناه لهذه الدراسة.

وسأبين – بإذن الله – خطة البحث التي سأسير عليها ، بعد ذكر أهمية الموضوع وسبب اختياره والدراسات السابقة ومنهج البحث، وذلك كما يلي :

أهمية الموضوع:

تبرز أهميته من عدة وجوه :

- المستشار القانوني يكتسب أهميته من كونه عنصراً يوصل الحقوق لأهلها ومؤتمن على الاستشارة فلا بد من معرفة مسؤوليته العقدية وما تشتمل عليه من أحكام وقواعد .
- المسؤولية مستمرة التجدد والتطور باستمرار تطور الحياة حتى قيل : إننا نعيش عصر المسؤولية□ ، والمسؤولية العقدية من أقسام المسؤولية المدنية والتي تثير مشكلات جمة

من حيث إيقاع الحكم الشرعي ، والبحث عن القاعدة النظامية التي يبنى عليها إصدار الحكم القضائي أو القرار الإداري .

- إذا كانت القاعدة في المسؤولية المدنية تركز – بحسب الأصل – على خطأ أو ضرر تجمع بينهما رابطة السببية ، فإن ثمة نشاطات في بعض المهن جعلت هذه المسؤولية تتلون بحسب طبيعة هذه المهنة ، وتأخذ سمات خاصة استدعت من الباحثين الاتجاه لإفرادها بالبحث ، كمسؤولية الطبيب ، والمحامي ، والمهندس ....، ومن بين هذه الصور للمسؤولية المدنية تبرز (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) موضوعا مفتقرا لنسق واحد يلم أطرافه ويجمع شتاته .
- الازدياد الملاحظ في عدد المستشارين القانونيين ، ونتيجة لهذه الكثرة يطفو على السطح خلافات ناتجة بين أطراف العلاقة يصل بعضها إلى القضاء والبعض يقف دون ذلك ، ومثل ذلك يوجب بيان الجانب الفقهي والنظامي فيما يتعلق بداخل المملكة .

شكلت هذه الأمور وغيرها عاملًا مهمًا في تسليط الضوء على الأهمية التي يرقى إليها الموضوع.

أسباب اختيار الموضوع :

١ – تمكين الباحثين والدارسين من معرفة (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) ، وإبراز التفاصيل المهمة والدقيقة لهذا النوع من المسؤولية .

٢ – عدم وجود دراسة في موضوع (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) في المملكة العربية السعودية تبين حدوده وشروطه فرغبت تأليف مفرداته وجمع مسائله وأحكامه ، ليكون مرجعاً في الموضوع يستفيد منه ذوو الشأن ، والإسهام في سد النقص العلمي في ذلك .

٣ – رغبتي في التعمق في أغوار مسائل وأحكام المستشارين القانونيين ومعرفة بعض التفاصيل التي تهمني كضابط لأستفيد منها في المحاكمات العسكرية .

مشكلة البحث ، وتساؤلاته :

مع الاختلاف والتنوع الكبير في المسؤولية العقدية للمستشار القانوني إلا أننا يمكن أن نقترب من تحديد المشكلة الرئيسة للبحث وصياغتها كالتالي :

كيف يمكن تطبيق الأحكام العامة للمسؤولية العقدية على مسؤولية المستشار القانوني ، وهل لهذه الأخيرة ما يميزها فقهاً ونظاماً عن باقي أنواع المسؤولية ؟

ومن خلال هذا التساؤل تنبثق الأسئلة التالية :

- ما المسؤولية العقدية واجبة التطبيق على المستشار القانوني؟
- ما المعيار المحدد للمستشار القانوني ذوو المسؤولية العقدية ؟
- وما هي أحكام تحريك هذه المسؤولية ؟
- وما الآثار المترتبة على ذلك ؟

وأخيراً هل للمسؤولية العقدية للمستشار القانوني حيز في الفقه الإسلامي ، وبالتالي للمنظم السعودي .

الدراسات السابقة :

بعد البحث في فهارس المكتبات العامة من خلال محركاتها البحثية على الشبكة العالمية ، والبحث في فهارس الرسائل العلمية في المعهد العالي للقضاء ، وبعد سؤال الأساتذة المتخصصين لم أجد من سبق إلى بحث هذا الموضوع ، ولكني وجدت بعض الدراسات التي تعرض للموضوع على سبيل الإجمال من غير تفصيل مثل :

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه للطالب محمد بن عبيد الدوسري ، في المعهد العالي للقضاء بعنوان : (دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية) .

وهذه الرسالة تتعلق بدفع المسؤولية المدنية ، ولم تتعرض لإثبات هذه المسؤولية إلا من خلال التمهيد ، وقد بين الباحث أنه معني بالموضوعات المتعلقة بدفع المسؤولية ، وذلك عند استعراضه للدراسات السابقة .

وتتميز هذه الدراسة بالحرص على التأصيل الشرعي ، والرجوع لمصادر الفقه الإسلامي الأصلية .

لكنها تختلف عن بحثنا اختلافا بينا يتضح ذلك فيما يلي :

١- عمومية موضوعها بالنسبة لأنواع المسؤولية المدنية ، حيث جاءت في أربعة أبواب ، تتحدث عن دفع المسؤولية في أركانها الثلاثة في ثلاثة منها .

أما هذا البحث فهو يتجه إلى إثبات (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني).

٢- هذه الدراسة لم تتعرض لمسؤولية المستشار إطلاقا .

بينما نسعى في هذا البحث (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) إلى إبراز خصائص هذه المسؤولية وإيضاح مسائلها ومعاييرها وأوجه الفرق بينها وبين ما يشتبه بها .

لذا يمكن تلخيص مميزات بحثنا بأنه يهتم بحدود المسؤولية العقدية للمستشار القانوني دون التطرق لما سواها من أنواع المسؤولية إلا بما يقتضيه السياق ، وأن من أهدافه التأصيل الشرعي لهذه المسؤولية ، وبيان ذلك من خلال الأنظمة واللوائح .

منهج البحث:

من المعلوم أن المنهج المتبع في الدراسة لا يأتي وَفْق هوى الباحث واختياره، بل تمليه طبيعة الدراسة ذاتها وذلك باختيار المنهج الذي يستوعب الغاية من الدراسة ويعالج مشكلتها بالطريقة المرجوة ، لذا ستكون الدراسة وفق الضوابط التالية :

١ – المنهج العلمي المتبع في البحث هو: المنهج التحليلي المقارن.

٢ – الاعتماد على المصادر الأصلية عند عرض كل مسألة.

٣ – التمهيد لكل مسألة بما يوضحها إن استدعى الأمر ذلك.

٤ – إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فيتبع التالي:

أ – تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل اتفاق وبعضها محل اختلاف.

ب- ذكر الأقوال في كل مسألة، مع نسبة كل قول إلى قائله، ويكون عرض الخلاف حسب المذاهب الفقهية المعروفة، وتجنب الأقوال الشاذة.

ج – الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم يوقف على المسألة في مذهب ما فيسلك بها مسلك التخريج.

د – توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

هـ - أذكر الأدلة، وما يرد عليها من مناقشات واعتراضات، وأجيب عنها قدر الاستطاعة.

و – ترجيح ما يظهر رجحانه مع ذكر الدليل.

٥ – التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

٦ – التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

٧ – الحرص على التزام المنهج العلمي، والموضوعية في الطرح، والتجرد عن الأهواء والتعصب والتجريح للرأي المخالف.

٨ – توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة.

٩ – الالتزام بترقيم الآيات وعزوها إلى سورها.

١٠ – في تخريج الأحاديث أقوم بالآتي:

أ – الإحالة إلى مصدر الحديث بذكر اسم الكتاب والباب والجزء والصفحة.

ب – إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما أكتفي بذلك للحكم بصحته، وإذا خرجت من المصادر الأخرى ذكرت ما قاله أهل الحديث فيه.

١١ – تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٢ – تكون الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بذكر اسمه والجزء والصفحة.

١٣ – ألتزم بترجمة الأعلام الواردين في المتن، وأقتصر في الترجمة على ذكر اسمه، ولقبه، وتاريخ مولده ووفاته، والعلم الذي اشتهر به وأهم مؤلفاته.

١٤ – الاعتناء بصحة المكتوب، وسلامته من الناحية النحوية واللغوية والإملائية.

١٥ - الاعتناء بعلامات الترقيم، ووضعها في مواضعها الصحيحة.

١٦ – بالنسبة للنصوص من الكتاب والسنة وغيرها ألتزم بوضعها بين قوسين بارزين « ».

١٧ – تكون الخاتمة متضمنة أهمَّ النتائج والتوصيات التي يراها الباحث.

١٩ – أتبع الرسالة بالفهارس المتعارف عليها، وهي:

أ – فهرس الآيات القرآنية.

ب – فهرس الأحاديث والآثار.

ج – فهرس الأعلام.

د – فهرس المراجع والمصادر.

هـ – فهرس الموضوعات.

تقسيمات البحث:

– المقدمة: وتشمل الموضوع وأهميته، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، والخطة التي سأسلكها في عرض مسائل البحث.

– المبحث التمهيدي: التعريف بمفردات عنوان الدراسة. وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف المستشار في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني: أهمية الاستشارات القانونية .

المطلب الثالث : طبيعة مسؤولية المستشار القانوني .

الفصل الأول:

أركان المسؤولية العقدية للمستشار القانوني ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: طبيعة الإخلال بالالتزام العقدي للمستشار القانوني ، وتحته أربعة مطالب :

المطلب الأول / تعريف الخطأ .

المطلب الثاني / شروط الخطأ .

المطلب الثالث / صور الخطأ .

المطلب الرابع / الخطأ في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : الضرر الناتج عن أعمال المستشار القانوني ، وتحته ثلاثة مطالب :

المطلب الأول / تعريف الضرر .

المطلب الثاني / شروط الضرر .

المطلب الثالث / الضرر في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : العلاقة السببية ، وتحته ثلاثة مطالب :
المطلب الأول / تعريف العلاقة السببية .
المطلب الثاني / إثبات العلاقة السببية .
المطلب الثالث / العلاقة السببية في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني:
آثار المسؤولية العقدية ، وفيه مبحثان :
المبحث الأول: تقدير التعويض ، وتحته مطلبان :
المطلب الأول / ماهية الضرر الموجب للتعويض .
المطلب الثاني / تقدير التعويض في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : الحكم بالتعويض ، وتحته ثلاثة مطالب :
المطلب الأول / دور القاضي في الحكم بالتعويض .
المطلب الثاني / سلطة القاضي التقديرية .
المطلب الثالث / التعويض في الفقه الإسلامي .

الخاتمة ، وتشتمل على: النتائج ، والتوصيات ، وبعد ذلك الفهارس.

المبحث التمهيدي

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف المستشار في اللغة والاصطلاح .
- المطلب الثاني : أهمية الاستشارات القانونية .
- المطلب الثالث : طبيعة مسؤولية المستشار القانوني .

المبحث التمهيدي : التعريف بمفردات عنوان البحث وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المستشار في اللغة والاصطلاح :

١- التعريف لغة :

الاستشارة استفعال مأخوذ من مادة : (شَوَرَ) في اللغة، وقد أورد أصحاب المعاجم اللغوية معانٍ لهذا الأصل حسب استعمالاتها اللفظية ومن ذلك :

١- الاجتناء، ومنه : شار العسل واشتاره بمعنى اجتناه.

٢- الحُسن والهيئة، ويقال لها : الشُورة.

٣- العرض والاختبار ، ومنه : شار الدابة أي عرضها للبيع، وتشوّر الدابة أي : تنظر كيف مشوارها وسيرتها.

٤- الإيماء، ومنه : أشار إليه أي أومأ.

٥- طلب الرأي، ومنه : الاستشارة، والشورى، والمشورة، ويقال : أشار عليه بالرأي يشير إذا ما وجه الرأي(١).

والمعنى المباشر للمراد بموضع البحث هو المعنى الخامس وهو طلب الرأي.

٢- التعريف اصطلاحًا :

تعارف أهل العلم على إطلاقين متقاربين في المعنى هما : الاستشارة، والشورى. وقد اقترب تعريفهما في الاصطلاح الشرعي والفقهي من المعنى اللغوي.

فأما الاستشارة فقد عرفت بتعريفات متقاربة، منها :

١- استنباط المرء الرأي من الغير فيما يعرض له من مشكلات الأمور(٢).

٢- استطلاع الرأي من ذوي الخبرة فيه للتوصل إلى أقرب الأمور للمصلحة(٣).

٣- طلب الشخص مشورة غيره في أمر للاستشارة بها(٤).

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة (شور) ٢٢٦/٣، لسان العرب (شور) ٤٩٠/٣، القاموس المحيط (شار)٥٩٠/١.

(٢) انظر : الذريعة إلى مكارم الشريعة الراغب الأصفهاني ص٢٩٤ ، ط ١ الناشر : دار الكتب العلمية ١٤٠٠هـ .

(٣) انظر : فيض القدير ٥٦٤/٥ ، الشورى في نظام الحكم الإسلامي د عبدالرحمن عبدالخالق ص ١٤ ، جمعية إحياء التراث الإسلامي بالكويت ١٩٧٥م .

(٤) انظر : الآداب الشرعية لابن مفلح ٤٣٤/١ ، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعمر القيام ، طبعة مؤسسة الرسالة ط٤ عام ١٤٣٠هـ .

٤- الخدمة التي تؤدى من قبل فرد أو مؤسسة مؤهله لاستقصاء الموضوع الذي طلب منهم إبداء الرأي فيه، والتوصية باتخاذ الإجراءات المناسبة[١].

والمستشار القانوني هو أحد طرفي عقد الاستشارة القانونية المبرم بينه وبين الشخص الذي يرغب بالاستشارة ، وطبيعة عمله أداء ذهني وعقلي عبارة عن آراء وأفكار ودراسات بحكم تخصصه ومعرفته وإلمامه بالطرق النظامية التي تمكن المستشير من المعالجة المناسبة لموضوعه المطروح[٢].

وقد عرف المستشار بأنه : من يقدم الرأي النظامي لطالب الاستشارة الذي يتضمن المعالجة المناسبة للأمر المعروض عليه[٣].

وعرف عقد تقديم المشورة بأنه : (العقد الذي يكون الالتزام الأساسي ومحل الأداء الرئيسي فيه هو تقديم المشورة)[٤].

وأما عقد الاستشارة القانونية فقد عرف بأنه :

(عقد محله الالتزام بتقديم الاستشارة القانونية المطلوبة من المستشار القانوني بمقابل أجر معين، بعد دراسة وتحليل للمعلومات المقدمة مسبقًا من طالب الاستشارة، مراعيًا في ذلك الأصول المهنية للعلم والتخصص بهدف مساعدة العميل على اتخاذ قرار معين في مواجهة مشكلة معينة)[٥].

وهذا العقد – عقد تقديم المشورة – عقد مبرم بين طرفين[٦] :

أحدهما يملك الخبرة والمعرفة والإلمام بالنظام .

---

(١) انظر : الاستشارة والاستخارة علوان عبدالله ص٧ دار الصحابة للتراث ، و رسالة المحاماة أسامة أبو الفضل ص٢٧٤ ،دار الطليعة الجديدة ٢٠٠٤ .

(٢) انظر : عقد تقديم المشورة، د. حسن حسين البراوي، ص٧٢، دار النهضة العربية ١٩٩٨ .

(٣) انظر : عقد تقديم المشورة ص١٣٤،و رسالة المحاماة ٢٧٧/١، ومقال : الاستشارة القانونية على الصعيد المهني للمحامي محمد الخواجة في مجلة : المحامون في العدد ٣ – ٤ ص ٤٨.

(٤) انظر : عقد تقديم المشورة مرجع سابق، ص٥٢.

(٥) انظر: العقود المسماة د. محمد سعد خليفة ، ص٢٣، ط جامعة البحرين عام ٢٠٠٦ م .

(٦) انظر :النظرية العامة للالتزام د.نزيه محمد الصادق المهدي، الجزء ١، ص ٣٦دار النهضة العربية، القاهرة٢٠٠٦ .

وطرف آخر تنقصه الخبرة والمعرفة اللتان يتمتع بهما الطرف الآخر.

ومرد ذلك هو كثرة الأنظمة وتشعبها وتعقدها، مما أفرز عمليًا صعوبة الإلمام بجوانبها من قِبَل عموم البشر وبالتالي انحصار الخبرة الفنية والتخصص في طائفة معينة هم المحامين وكذلك المستشارين القانونيين .

وهذه المساعدة من قِبَل المتخصصين في المجال القانوني إذا ما أفرغت بقالب قانوني محدد كالعقد مثلاً فإننا نكون أمام (عقد استشارة قانونية).

ومما تقدم يتبين لنا أننا أمام عقد يظهر فيه عدم التعادل في الخبرات والمعلومات بين طرفيه، فأحدهما مهني متخصص في فرع معين من فروع العلوم المختلفة، والمتعاقد الآخر من عامة الناس[١].

كما يظهر أن هذا العقد بالإضافة إلى التباين في الخبرة والاختصاص بين طرفيه، نجد أن الأداء الرئيسي فيه عبارة عن أعمال ذهنية وفكرية، تتمثل في تقديم المعلومات للعميل طالب الاستشارة، مما يهيئ له تصورًا مسبقًا للقضية التي يريد معالجتها.

فالالتزام الرئيسي في هذا العقد هو تقديم الاستشارة القانونية المطلوبة، وهذا هو جوهر العقد وموضوعه الرئيسي فإذا لم ينفذ لم ينفذ العقد كله[٢].

(١) انظر: الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، د. سهير منتصر، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١٧٨.

(٢) انظر: عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء د. محمد سعد خليفة، ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٨، والمسؤولية المدنية للمحامي د. محمد عبد الظاهر حسن، ، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١١٠، والطبيعة القانونية لعقود المعلومات د. السيد محمد السيد عمران، ، مؤسسة الثقافة للجميع، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص٥٢.

المطلب الثاني : أهمية الاستشارات القانونية :

نظراً للتطور المتسارع وازدياد عدد السكان وتشابك العلاقات والمصالح التجارية والصناعية والزراعية والعمرانية بين الناس ازدادت أهمية الاستشارات القانونية أكثر من ذي قبل ، خاصة مع وجود ووفرة العديد من الأنظمة وتشعباتها والتي تنظم الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، وكثيراً ما يجد الشخص نفسه في حاجة ماسة للاستشارة القانونية حيث تعتبر الاستشارة رأي قانوني يعطيه رجل القانون بالاستناد إلى النصوص القانونية وتفسيرها من قبل الشراح وما استقرت عليه المحاكم من اجتهاد.

فقد يرغب شخص في القيام بعمل أو بنشاط معين ولذلك فهو بحاجة لمعرفة الإطار القانوني الذي يمكنه أن يتحرك ضمنه تحقيقاً لمصالحه الشخصية دون تعريض نفسه أو مصالحه أو مصالح الآخرين للضرر[1] .

وقد تكون الاستشارة القانونية للمدعي لصيانة حقوقه أو للمدعى عليه لرد الادعاء بحقه أو للتخفيف من الخسارة قدر المستطاع ، ولهذا يجب أن تتصف الاستشارة القانونية بوضوح الرؤية أمام طالبها بحيث يتمكن من الوقوف بصورة واضحة وصريحة على وضعه أو مركزه القانوني بالنسبة لما يواجهه أو لما يرغب القيام به، ويجب على المستشار القانوني مراجعة النصوص النظامية التي ترعى المسألة التي يراد معالجتها فيحدد مضمونها ومفهومها وما إذا كان النظام ينطبق على المسألة المعروضة عليه أم لا ، أم أن هذا النص بحاجة لتفسير حتى يشمل المسألة المثارة وإذا كان الحل الذي يسعى إليه المستشار يحتمل تأويلات مختلفة وغير ثابتة فيعرض لها حسبما وردت في الفقه والاجتهاد في هذا المجال ، ويتعرض للنظريات التي كرسها كل من الفقه والاجتهاد أو الاتجاهات المختلفة حولها وعليه أن يقف على أحدث الاجتهاد والفقه مقارناً ذلك مع سابقه .

وعندما تجتمع لدى المستشار القانوني الاتجاهات المختلفة يترتب عليه أن يرجح الرأي الأقرب من الحل الذي يبتغيه مبيناً ملاحظاته أو انتقاده للآراء الأخرى وأسباب استبعادها كما

---

[1] ينظر : مقال في الإنترنت بعنوان : أهمية الاستشارات القانونية من خلال الواقع العملي للمحامي ، منصور بسيوني ٧ أبريل ٢٠٠٩. http://www.droit-alafdal.com/t732-topic .

عليه أن يؤيد ترجيحه للرأي الذي يرغب في اعتماده بالفقه والاجتهاد ولاسيما اجتهاد المحاكم التي يمكن أن ترفع الدعوى أمامها[1] .

وينبغي على المستشار القانوني في نهاية الاستشارة القانونية أن يضع خلاصة للرأي الذي يعطيه بأسلوب موجز وواضح بحيث يصبح دليلاً لطالب الاستشارة في تصرفه ، وعليه أن يتحرى الدقة والوضوح في معالجة الواقعة أو المسألة المطلوب الاستشارة حولها ومدى انطباقها على النص القانوني ؛ لأن الاستشارة القانونية مسؤولية مهنية أوجبها العقد .

ولا يخفى على أحد أهمية الاستشارة في مناحي الحياة المختلفة من خلال الواقع العملي ، حيث كثرت الأنظمة و تشابكت و تعقدت لدرجة انه يصعب على المواطن العادي – والذي يفترض فيه معرفة الأنظمة – يصعب عليه فهمها أو حتى استخلاص مضمون القواعد القانونية منها ، فكم من حقوق ضاعت في ساحات المحاكم ، و كم من الناس من أهدروا عمرهم في السجون بسبب خطأ واحد كان يمكن تداركه و هو استشارة المستشار القانوني قبل الإقدام على أي عمل أيا كان نوعه فالأنظمة أصبحت تتدخل في كافة مناحي الحياة و ما من مسلك إلا و يحكمه قانون أو أكثر ، فعلى سبيل المثال الموظف في الدولة يحكمه قانون العاملين المدنيين بالدولة وكذلك القانون الجنائي فيما لو رشى أو ارتشى مثلا، كما يحكمه أيضا مجموعة من القرارات و اللوائح التي لا يعرفها أي موظف عام سوى أقل القليل ، كذلك الطبيب محكوم بقانون الأطباء و القانون المدني فيما يتعلق بمسئولية الطبيب عن التقصير في واجبه المهني تجاه المريض ، وغير ذلك الكثير و الكثير من الأمثلة التي يصعب حصرها الآن .. فكل الأخطاء القانونية التي ارتكبها الناس بقصد أو دون قصد كان من الممكن تداركها بخطوة بسيطة جدا وهى استشارة صاحب الخبرة كالمستشار القانوني فالوقاية خير من العلاج ، و لم يخب أبدا من استشار ، فكم من مصائب جرت للناس بسب جهلهم بالقانون ، و القانون لا يحمى الجاهل به[2] .

---

[1] مقال في الإنترنت بعنوان : مفهوم الاستشارة القانونية ، للكاتب الذي رمز لاسمه بالقانوني ١٣ يناير ٢٠١٠ http://kenanaonline.com/col .

[2] المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات ، هاشم علي الشهوان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١١ .

ومن الملاحظ في مجتمعنا أن الاستشارة القانونية لا تحظى بالاهتمام الكافي والمناسب وليست بذات أهمية عند البعض على عكس ما هو سائد في البلدان المتقدمة ، ولعل ذلك يعود إلى تدني درجة الوعي القانوني ، والى أن ذهنية الناس في مجتمعنا تفضل أن تتعامل مع المرض بعد وقوعه من أن تتعامل مسبقاً مع وسائل الوقاية من المرض على الرغم من أهمية وفعالية الاستشارات القانونية الذي يمكن أن يوصف بحق انه وقاية- والوقاية خير من العلاج- باعتبار أن الاستشارة القانونية وقاية والدعوى علاجاً.

وإذا كان التغيير المتسارع هو سمة هذا القرن وهو قرن التجارة العالمية الحرة التي تزول من أمامها الحواجز الجمركية بين دول العالم، وهو قرن التزاحم بين الأفكار والثقافات التي تحاول دخول عقول الناس في كل بقعة من العالم من خلال فضاء رحب تتصارع فيه القنوات، فإن المستشارين والمحامين في بلدنا يجب أن يكونوا في أوائل المستجيبين لهذا التغيير.

وبالنظر إلى حجم الطلب على الاستشارات القانونية والمدى الهائل المتقدم الذي وصلت إليه الاستشارة القانونية في أعمال المحامين في أوروبا وأميركا وبقاع أخرى من العالم بحيث أصبحت معظم شركات المحاماة المعروفة والعريقة في العالم هي تلك الشركات التي تتخذ من الاستشارات القانونية نشاطاً رئيساً بل ربما وحيداً لها. والواضح أن هذا القرن في مجال مهنة المحاماة هو قرن الاستشارات القانونية لا قرن المنازعات القضائية وأن ذلك يعزز بعوامل عديدة منها أن حياتنا اليوم موسومة بطابع الاتصال فائق السرعة وهذه لا تقبل بطء التقاضي، كما أن إنشاء العلاقات القانونية والتعامل بين الأشخاص الطبيعيين منهم والمعنويين لم يعد يؤسس على افتراض حسن النية وسهولة التنفيذ والمصداقية[١] .

ومن خلال زيارتي لبعض مكاتب المستشارين القانونيين في المملكة العربية السعودية تبين لي أنها مؤهلة وقادرة على تقديم الاستشارات القانونية بكفاءة سواء على المستوى المحلي أو العالمي ، بيد أني رأيت بعض المكاتب تحاول أن تتعاون وتستفيد ممن سبقها في هذا المجال سواء في داخل المملكة العربية السعودية أو في خارجها .

---

[١] مقال في الإنترنت بعنوان : الاستشارات الخاصة بالمجتمع السعودي ، في موقع المستشار القانوني رضا البستاوي ٢٠١١ ، http://reda79.arabblogs.com/ .

المطلب الثالث : طبيعة مسؤولية المستشار القانوني :

المسؤولية في القانون بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرًا أو سلك مسلكًا يستوجب المؤاخذة والتبعة عليه[1].

وقبل أن أدخل في بيان طبيعة مسؤولية المستشار القانوني سأعرج باختصار على أنواع المسؤولية بوجه عام ، حيث يسأل الإنسان أمام ربه (عز وجل) ويسأل أمام ضميره أو المجتمع كما يسأل عن فعله أمام المحاكم ، ومسؤولية الإنسان أمام الله تسمى بالواجب الديني عما يقترفه الشخص، ومسؤولية الشخص أمام ضميره أو المجتمع تسمى مسؤولية أدبية أو خلقية، أما مسؤولية الشخص (طبيعيًا أو اعتباريًا) أمام المحاكم فتسمى مسؤولية قانونية[2] .

الفرق بين أنواع المسؤوليات :

أ – من حيث المصدر : مصدر الواجب الديني هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، ومصدر المسؤولية الأدبية هي تقاليد المجتمع. أما مصدر المسؤولية القانونية ما يسنه ولي الأمر من أنظمة .

ب – من حيث النطاق : الواجب الديني مسؤولية الإنسان عن علاقته بربه وعن علاقته بنفسه وعن علاقته بغيره من الناس. والمسؤولية الأدبية هي : مسؤولية الشخص عن انحرافه عن التقاليد والقيم في المجتمع، سواء استمدت من الدين أو سلوك الناس وأعرافهم وتقاليدهم.

أما المسؤولية النظامية فهي مسؤولية الشخص عن اتباع أو مخالفة النظام في الدولة وهذه الأنظمة لا تعني إلا بالسلوك الظاهر بالمجتمع أي في نطاق علاقة الشخص مع غيره من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

ج – من حيث الغاية : غاية الواجب الديني تحقيق العدل الإلهي، وغاية المسؤولية الأدبية راحة الضمير، أما غاية المسؤولية القانونية فهي جبر الضرر، فانعدام الضرر لا تتوفر مع هذا النوع من المسؤولية بينما قد تتوفر المسؤولية الأدبية أو المسؤولية الدينية حيث يُسأل الإنسان أمام ربه وإن لم يسأل قانونًا.

---

(1) انظر : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، سليمان مرقس، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص١٠.

(2) انظر : الوجيز في المسؤولية المدنية د . رضا وهدان ص ٢٢ ، دار الفكر والقانون ٢٠١١ .

د – من حيث الجزاء : جزاء الواجب الديني هو الجنة أو النار، وهو ثواب أو عقاب، وجزاء المسؤولية الأدبية توضيح الضمير أو استهجان المجتمع وازدراء الناس، أما جزاء المسؤولية القانونية فهو جزاء توقعه السلطة في الدولة. ومعظم الشراح لا يفرق بين الواجب الديني والمسؤولية الأدبية فكلاهما يطلقون عليها المسؤولية الأدبية رغم اختلاف كل منها عن الأخرى في الجزاء على الأقل، فالمسؤولية الدينية جزاؤها أخروي وقد يكون دنيويًا كذلك، بينما المسؤولية الأدبية جزاؤها دنيوي فقط ولا يسوغ لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يخلط بينهما لأن عدم التفرقة بينهما يشير من بعيد إلى عدم الإيمان باليوم الآخر والثواب والعقاب فيه.

أنواع المسؤولية القانونية :

المسؤولية القانونية قد تكون مدنية أو جنائية ، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن وقوع فعل سبب ضررًا للغير، سواء كان مصدر الفعل عقد أم واجب عام.

أما المسؤولية الجنائية فتنشأ عند ارتكاب فعل بعد جريمة حسب القاعدة : "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، أما المسؤولية الإدارية فتنشأ عند إخلال الموظف بأعمال وظيفته وقد تنشأ معها المسؤولية المدنية والجنائية، كما تنشأ المسؤولية المدنية بجوار المسؤولية الجنائية عند إتيان الجريمة، والمسؤولية الدولية تنشأ عند إخلال الدول بواجب دولي أو عرف أو الإخلال بالتزام ناشئ عن اتفاقية دولية وقعت عليها[1] .

الفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية :

١ – من حيث المضرور : في المسؤولية الجنائية هو المجتمع، وفي المسؤولية المدنية الشخص فيعاقب من قتل شخصًا لأن القتل يضر بالمجتمع، أما الضرر الذي أصاب ورثة القتيل فيمكن جبره عن طريق طلب التعويض فالعقوبة حق المجتمع، أما التعويض فهو حق الشخص المضرور ، فالمسؤولية الجنائية تقوم على أساس المساس بسلامة المجتمع وأمنه، أما المسؤولية

المدنية فتقوم على أساس الضرر الذي يصيب الفرد ويترتب على الاختلاف السابق النتائج التالية :

[1] مشكلات المسؤولية المدنية د. جمال زكي، ، ج١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨، ص٩٩ .

أ – أن الجزاء في المسؤولية المدنية هو التعويض الذي يؤخذ من مال المسؤول لجبر الضرر بينما الجزاء في المسؤولية الجنائية هو العقوبة التي توقع على الشخص زجرًا له وردعًا لغيره، وذلك للحيلولة دون وقوع الضرر بالمجتمع .

ب – في المسؤولية المدنية الشخص المضرور هو الذي يطالب بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية، أما في المسؤولية الجنائية فالذي يطالب بالعقوبة هيئة التحقيق والادعاء العام باعتبارها ممثلة للمجتمع عن طريق تحريك الدعوى العمومية.

ج – في المسؤولية الجنائية يمكن حصر الأفعال المعاقب عليها طبقًا للركن الشرعي :"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" حيث لا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا أتى الشخص فعلاً يعتبر جريمة وله عقوبة، أما في المسؤولية المدنية فلا يمكن حصر الأفعال غير المشروعة أو الضارة التي تُعد إخلالاً بالواجب القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير. فنطاق المسؤولية الجنائية محدد تحديدًا قاطعًا. أما في المسؤولية المدنية فغير محدد، لأن الأفعال الضارة لا تتناهى.

٢ – من حيث النية : لا تقوم المسؤولية الجنائية إلا إذا كان النشاط الجنائي مصحوبًا بقصد جنائي كقاعدة عامة، كما أن القصد الجنائي يفرق بين أنواع الجرائم وبناءً على ذلك تختلف المسؤولية الجنائية، فالقتل العمد ليس كالقتل الخطأ وكلاهما ليس كالتزوير . أما المسؤولية المدنية فتقوم دون بحث عن النية ، ويستوي فيها العمد مع غير العمد وفي بعض الأحوال يزيد التعويض في حالة العمد أو في حالة سوء النية حسب تقدير القاضي [1].

٣ – من حيث الاشتراك بين المسؤوليتين : هذا الاشتراك يوجد عندما تتوفر في الفعل شروط المسؤوليتين، كما هو الحال بالنسبة إلى الجرائم التي تصيب الجسم أو النفس أو المال كالقتل والضرب والسب والقذف والسرقة والغصب، وهناك أفعال تترتب عليها المسؤولية الجنائية دون المدنية، وهي الجرائم الذي لا تصيب أحدًا بضرر، كجرائم الشروع والتشرد والاتفاق الجنائي ومخالفات المرور، وهناك أفعال تترتب عليها المسؤولية المدنية دون الجنائية وهي التي لا تدخل في عداد الجرائم ولكنها تصيب الغير بضرر، كالمنافسة غير المشروعة والتعسف في استعمال الحق

---

[1] انظر : الوجيز في المسؤولية المدنية د . رضا وهدان ص ٣٠ ، دار الفكر والقانون ٢٠١١ .

ومضار الجوار، وحالات المسؤولية التي تقوم على خطأ مفترض كالمسؤولية عن الأشياء والحيوان والبناء أو المسؤولية عن الغير[١] .

النتائج المترتبة على اجتماع المسؤوليتين الجنائية والمدنية :

١) من حيث الاختصاص : تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجنائية وبالتالي يجوز رفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام المحاكم الجزائية.

٢) من حيث السير في الدعوى : الدعوى الجنائية توقف الدعوى المدنية، فدعوى المطالبة بالتعويض لا يتم الفصل فيها إلا بعد الفصل في الدعوى الجنائية، ويتعين على القاضي أن يوقف السير في الدعوى المدنية حتى يتم الفصل في الدعوى الجنائية.

٣) من حيث حجية الأمر المقضي : تنفيذ المحكمة المدنية بالحكم الصادر في الدعوى الجنائية من حيث ثبوت الوقائع أو نفيها، وليس من حيث تكييفها، فالحكم الجنائي يتمتع بحجية أمام المحكمة المدنية، لكن للمحكمة المدنية أن تكيف الوقائع بحسب تكييفها من الناحية المدنية فقد تحكم المحكمة الجنائية بالبراءة لعدم توفر القصد الجنائي بينما لا يلزم هذا القصد في المسؤولية المدنية للاكتفاء فيها بمحض وجود الضرر.

٤) من حيث السقوط : دعوى التعويض لا تسقط بسقوط الدعوى الجزائية وإذا سقطت الدعوى الجزائية لأي سبب كعفو ولي الأمر فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بالإبراء من قبل المضرور، المدعي بالحق الخاص.

أنواع المسؤولية المدنية :

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فإذا كان بين المضرور والشخص المرتكب للفعل الضار عقد فإنه يسأل بموجب التزاماته في العقد، وإذا كان لا يوجد مثل هذا العقد فيسأل وفقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية[٢] .

ينبني على ذلك أن المسؤولية العقدية تنشأ عند الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف العقد، فإذا أدى الإخلال بهذا الالتزام العقدي إلى ضرر بالمتعاقد الآخر كان من أخل بالتزامه مسؤولاً مسؤولية عقدية عما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر، مثال ذلك : أن

---

[١] انظر : الوسيط في القانون المدني د. السنهوري، ج١، ص١٠٣٧ ، دار النهضة ط ٢ ١٩٨١م .

[٢] انظر : مصادر الالتزام، محمود جمال الدين زكي، طبعة ١٩٦٥م، ص٣١٨.

يكون هناك عقد استشارة قانونية ثم يخل المستشار بالعقد حيث قد يخطئ مثلا ببدهيات الأمور مما يضر بطالب الاستشارة ، أو لا يقم طالب الاستشارة بدفع الثمن، فيكون قد أخل بالتزامه في الوفاء بالثمن.

وتقوم المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالتزام قانوني عام هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير مثال ذلك : أن يعتدي شخص على مال آخر فيلحق به تلفًا فيكون هذا الشخص قد أخل بالتزام عام يفرض عليه عدم الإضرار بالآخرين[1] .

ويترتب على هذا الاختلاف فروق بينهما نميزها فيما يلي :

١) من حيث الأهمية : في المسؤولية التقصيرية يكفي أن يكون المسؤول مميزًا، ما في المسؤولية العقدية، يجب أن يكون المسؤول أهلاً لإبرام العقد، وأكثر العقود يشترط فيها أهلية الرشد.

٢) من حيث التعويض : في المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض الضرر المباشر متوقعًا أو غير متوقع بينما في المسؤولية العقدية لا يشمل غير الضرر المباشر المتوقع إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم فيشمل التعويض الضرر غير المتوقع.

٣) من حيث الإعفاء من المسؤولية : في المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الإغفاء من المسؤولية، أما في المسؤولية العقدية يجوز هذا الاتفاق إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية.

٤) من حيث التضامن : في المسؤولية التقصيرية المسؤولون متضامنون في التعويض عن الضرر ، أما في المسؤولية العقدية فلا تضامن إلا إذا وجد اتفاق أو نص.

٥) من حيث درجة الخطأ ومعياره : فإن معيار المسؤوليتين واحد وهو تصرفات الشخص العادي سواء فيما التزمه بموجب العقد أو في التزامه بالقانون عمومًا.

٦) من حيث الإثبات : الصحيح أن عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن في كليهما ففي المسؤولية العقدية يكون العقد الذي حدث الإخلال به هو مصدر الالتزام وعلى الدائن إثبات وجوده، وفي المسؤولية التقصيرية يحمل عبء الإثبات الدائن أيضًا ولا يحتاج ذلك إلى جهد لأنه إثبات بإخلال قانوني عام بعدم الإضرار بالغير، ففي المسؤولية العقدية التزام بتحقيق غاية

---

[1] المسؤولية المدنية ، حسين عامر وعبدالرحيم عامر، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩، ط٢، ص٣٨.

أو نتيجة ، أما في المسؤولية التقصيرية فالالتزامات في معظمها تكون ببذل عناية.

وبعد أن ذكرنا طرفًا من التمييز بين المسؤوليات لابد من بيان الطبيعة القانونية للمستشار القانوني هل هي مسؤولية تقصيرية أم هي مسؤولية عقدية ؟

فتكون مسؤولية عقدية في حالة وجود عقد بين المستشار القانوني والمضرور، وتكون مسؤولية تقصيرية في حالة عدم وجود هذا العقد بين المستشار القانوني والمضرور.

ومن البديهي في مجال المسؤولية العقدية ضرورة وجود عقد صحيح بين المستشار القانوني وعميله المضرور مع ضرورة كون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالالتزامات العقدية المنصوص عليها في متن العقد (١).

وهذه المسؤولية تقوم في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية وهذه الالتزامات هي الالتزامات الرئيسية الناتجة عن العقد وهو ما يُعرف بالإخلال بالإلتزام العقدي (الخطأ) بصفة عامة (٢).

فالإخلال بالالتزام العقدي ركن أساسي في المسؤولية بالرغم من ذلك لا يكفي بحد ذاته لقيام المسؤولية العقدية بل لابد أن يلحق هذا الإخلال ضررًا بالمضرور وكذلك لابد من توافر الصلة بين الإخلال بالالتزام العقدي والضرر أو ما يُعرف بعلاقة السببية بينهما أي أن يكون الأول سببًا للثاني (٣).

والخطأ في مجال عقد الاستشارات القانونية هو الخطأ الذي لا يرتكبه مهني مثله من رجال المهن وضع بنفس الظروف التي وضع فيها مرتكب الخطأ ونظرًا لخصوصية عقد الاستشارة القانونية من حيث أنه مبرم بين مهني محترف عالم بأصول مهنته وشخص عادي، ولما ينتظره العميل من المستشار القانوني من استشارة سليمة بناءً على ما يمتلكه الأخير من خبرة ومعرفة متميزة، فإن معيار الشخص العادي لا يتصور أن يكون معيارًا لقيام المسؤولية،

---

(١) انظر : الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام د. السنهوري، ، ج١، ص٨٢١.

(٢) المسؤولية المدنية في القانون المصري د. مصطفى مرعي، ، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٤، ص٣١، والوسيط للسنهوري ، ص ٥٠٩ .

(٣) النظرية العامة للالتزام د. نزيه محمد الصادق المهدي، دار وائل للنشر ، ص ٣٠١ وما بعدها.

والخطأ المهني للمستشار القانوني إذًا هو الخطأ الذي يمثل إخلالاً بالقواعد والأصول المرعية لمهنته [١].

وإذا ما توافر الخطأ لابد من أن يكون لهذا الخطأ أثر يتمثل في الضرر عنه بحيث لا ضرر لا مسئولية [٢].

وهذا الضرر قد يكون ماديًا أو معنويًا أو قد يتخذ شكل فوات الفرصة، فالضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمضرور وهو بهذا المعنى لابد من أن يكون محققًا [٣] بأن يكون قد وقع فعلاً أو قد يكون محقق الوقوع مستقبلاً. فهاتان الصورتان موجبتان للتعويض [٤].

أما الضرر الاحتمالي فلا يعوض عنه إلا إذا وقع لأنه ضرر قد يقع أو لا يقع بعكس الضرر محقق الوقوع مستقبلاً.

يشترط أخيرًا في الضرر المادي أن يكون مباشرًا أي أن يكون نتيجة مباشرة لقيام المستشار القانوني بعمله [٥].

أما الضرر الأدبي فهو الضرر الذي يصيب المضرور في ناحية غير مادية كالشعور والعاطفة والسمعة التجارية لعميل المستشار القانوني وهذا الضرر أيضًا يعتبر محلاً للتعويض يخضع في تقديره للقواعد العامة وذلك من حيث الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض من الضرر الأدبي، ونص المشرع المصري في المادة (٢٢٢) مدني مصري على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضًا في حين لم ينص المشرع الأردني على ذلك [١].

---

(١) انظر : نظرية الالتزام د. أحمد سلامة، ، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٧٥، ص٢٧٤ .

(٢) انظر: النظرية العامة للالتزامات، د. عبدالحي حجازي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، الجزء الثاني، ص٤٧٠.

(٣) انظر: النظرية العامة للالتزامات د. حسن عبدالباسط جميعي، ، الجزء الثاني، أحكام الالتزام دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٧٥.

(٤) انظر: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ، د. محمد شنب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٣٣٥.

(٥) انظر: فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق، د. علي سيد حسن ، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة ١٩٨٢، ص ٤٥٩.

(١) انظر: النظرية العامة للالتزامات في القانون اللبناني د. عبدالمنعم البدراوي، ، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة نشر، ص٧٧.

أما فوات الفرصة فيقصد به تفويت الفرصة على العميل من الحصول على منفعة تعود عليه بالكسب والفائدة ولكن يشترط أن تكون هذه الفرصة حقيقة وصادقة ويرجى منها تحقيق كسب معين ويجب أن يكون تفويت الفرصة نهائيًا بمعنى قطع كل أمل في إمكان تحقق الكسب وفقدان كل وسيلة إلى ذلك.

وأخيرًا فلابد من وجود علاقة السببية بين الضرر والخطأ بمعنى أن خطأ المستشار القانوني هو سبب ضرر للمضرور.

وباستجماع ما سبق من خطأ وضرر وعلاقة سببيه تقوم مسؤولية المستشار القانوني ولا سبيل أمامه لدفعها إلا بقطع هذه العلاقة إما بإثبات القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور.

أما في مجال المسؤولية التقصيرية للمستشار القانوني تقوم في كل حالة يلحق فيها المستشار القانوني ضررًا بالغير.

وتخضع المسؤولية التقصيرية للمستشار القانوني للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية من وجوب وجود خطأ من قبل المستشار القانوني وضرر يلحق بالغير وعلاقة سببيه بين الخطأ والضرر فكل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض [٢].

فالغير هو كل شخص غير متعاقد مع المستشار القانوني بصورة مباشرة فتتسع دائرة الغير لتشمل كل شخص قد يصيبه ضرر من جراء الاستشارة القانونية مثل البنك الذي اعتمد على دراسة المستشار القانوني ومنح عميله قرضًا بناءً على هذه الدراسة واتضح فيما بعد خطأ المستشار القانوني فيعود البنك على المستشار القانوني بناءً على جدية وسلامة الدراسة أو الاستشارة القانونية [١].

فالأشخاص الذين يعتبرون من الغير لا مجال لحصرهم فهم كل متضرر من عمل المستشار القانوني ولا يرتبط معه برابطة عقدية فالفروض متعددة وكثيرة ولا مجال لحصرها.

(٢) انظر: م (١٦٣) مدني مصري (كل خطأ سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). م (٢٥٦) مدني أردني، (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

(١) انظر: المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات ، هاشم علي الشهوان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١١ .

ويقابل المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي (ضمان العقد) وهو تلك المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد والامتناع عن الوفاء به، دون عذر يبرر هذا الامتناع .

فضمان العقد هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه، مما يعد من التعدي بالتسبب الموجب للضمان فى المذاهب الفقهية جميعها.

والفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدراً للالتزام وتناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر. ولا تتقيد الأضرار المضمونة بالعقد إلا بالتزامها بالعقد –كما جاء فى تعبير الكاساني[1]– وبأن تكون أضراراً مادية. أما الأضرار الأدبية التي يندر تعويضها فى المسئولية العقدية نظاماً لتعذر تقديرها وحسابها فيجوز التعزيز عليها بشيء من الغرامات المالية شفاء لنفس المضرور وزجراً للناس عن التسبب فيها. وهو ما لا تأباه قواعد الشريعة فى جواز التعزيز بالغرامات المالية.

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما روي عن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله فى رجل أستأجر أجيراً على أن يحتطب له كل يوم، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة. فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر بانشغاله عن عمله. لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه أكنزه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن فى حال عمله، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه. ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر له فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه فى هذه المدة مملوكة لغيره، فما حصل فى مقابلتها يكون للذي استأجره [2]. والحاصل أن المستأجر استحق التعويض من الأجير إذا انشغل عن العمل الذي استؤجر لأدائه، سواء بالعمل لغيره أو بالاشتغال بالنوافل كقراءة القرآن. وفى ذلك أفتى أحمد بوجوب التعويض.

---

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، مطبعة الأمم ، مصر ، بدون سنة نشر .

[2] المغني لابن قدامة، ط دار الكتب العربية – بيروت ١٩٨٣، ٥/٤٦٥.

بالإضافة إلى ذلك كله فإن القوانين العربية الحديثة المتجهة إلى الشريعة والفقه قد اختارت مصطلح "ضمان العقد" —الفقهي– للإشارة إلى مسؤولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بامتناعهم عن تنفيذ تعهداتهم أو تنفيذها تنفيذاً معيباً. وهذا هو ما جرى عليه مثلا القانون العراقي ، وقد عم التعويض عن الخطأ العقدي البلاد الإسلامية حتى أصبح عرفاً مستقراً فيها، تقبله العقول ولا تجد فيه مخالفة لنص شرعي، ولذا جاز اعتباره والعمل به[1] .

وسنبحر في بحثنا بإذن الله تعالى ونتكلم عن المسؤولية العقدية للمستشار القانوني ، نسأل الله العون والتوفيق والسداد.

[1] انظر قواعد إعمال العرف فى مجلة الأحكام العدلية مواد: ٣٧، ٣٩، ٤١، ٤٢، ٤٥، وانظر رسائل ابن نجيم ١١٤/٢-١٤٦.

الفصل الأول

أركان المسؤولية العقدية للمستشار القانوني ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

طبيعة الإخلال بالالتزام العقدي للمستشار القانوني :

وتحته أربعة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف الخطأ .
- المطلب الثاني : شروط الخطأ .
- المطلب الثالث : صور الخطأ .
- المطلب الرابع : الخطأ في الفقه الإسلامي .

الفصل الأول

أركان المسؤولية العقدية للمستشار القانوني

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : طبيعة الإخلال بالالتزام العقدي للمستشار القانوني :

من البديهي في المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين المستشار القانوني وعميله المضرور مع ضرورة كون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالالتزامات العقدية المنصوص عليها في متن العقد[1] ، ويمكن أن نعرف التفصيل بشكل أكبر من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الإخلال بالالتزام العقدي –الخطأ - : ونتناوله في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : **التعريف لغة** : الخطأ – بفتح الخاء – اسم يرجع إلى الأصل الثلاثي (الخاء والطاء والهمز) وهذا الأصل يستعمل في عدة معان :

١) الخطأ ضد العمد، سواءً كان خطأً في القصد كمن يرمي من يعتقده مباح الدم فإذا هو معصوم الدم، أو خطأ في الفعل كمن يرمي صيدًا فيصيب إنسانًا. ومنه قوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا﴾[1] يقال خطئ إذا تعمد وأخطأ إذا لم يتعمد.

٢) الخطأ ضد الصواب، يقال : أخطأ، غلط وجانب الصواب ومنه قوله تعالى : ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ﴾[2] عداه بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم، وأخطأ الطريق، عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض: لم يصبه، والمخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره والخاطئ من تعمد ما لا ينبغي.

---

[1] الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام للسنهوري ج١ ص ٢٨١ .

(1) النساء: الآية ٩٢.

(2) الأحزاب :الآية ٥.

٣) الخطأ بمعنى الذنب أو الإثم، يقال خطء – بكسر الخاء وإسكان الطاء بعدها همز – ويراد به الذنب، يُقال خطئ يخطأ إذا أذنب، ومنه قوله تعالى : ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾[١] ويُقال خاطئ أي آثم ومنه قوله تعالى : ﴿إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ﴾[٢] أي آثمين[٣].

الفرع الثاني : تعريف الخطأ في النظام :

تنوعت تعريفات الخطأ وكثرت تبعًا لاختلاف الفقهاء والشراح حول مفهومه مع اتفاقهم على أمرين :

١) أنه لا يُراد بالخطأ انعدام قصد الفعل أي ما يقابل العمد.

٢) أن الخطأ يتكون من ركنين : مادي يتمثل في الفعل، ومعنوي يتمثل في الإدراك[٤].

ويمكن الوقوف على أبرز هذه التعريفات :

عرف شراح النظام الخطأ بأنه : "الفعل الضار المخالف للقانون"[٥] غير أنه مما يعاب على هذا التعريف أنه غير جامع حيث اقتصر على ركن واحد من أركان الخطأ وهو الركن المادي، واقتصر أيضًا على مصدرٍ واحدٍ من مصادر الالتزام وهو القانون واستبعد مصادر الالتزام الأخرى كالعقد وقواعد الأخلاق التي تدخل مخالفتها في تعريف الخطأ.

وعرفه آخرون بأنه : "إخلال بواجبٍ سابقٍ"[٦].

ويُعاب عليه أيضًا ما يُعاب على سابقه من حيث اقتصاره على الركن المادي للخطأ مع عدم ذكره لمصادر الالتزام التي يُعد الإخلال بها خطأ.

---

(١)الإسراء:٣١.

(٢)يوسف:٩٧.

(٣) انظر : ابن منظور، لسان العرب ، ١/٦٥-٦٨، الرازي، مختار الصحاح ، /١٧٩، ١٨٠، المعجم الوسيط، ١/٢٣٢، قلعه جي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ١٧٤.

(٤) انظر : ضمان عثرات الطريق د. أحمد بخيت الغزالي، ، ١٥٩ وما بعدها.

(٥) انظر : المسؤولية المدنية د. حسين عامر ،ص ١٧٤.

(٦) المرجع السابق.

وعرفه آخرون بأنه : "الإخلال بالتزام سابق ينشأ من العقد أو القانون أو قواعد الأخلاق"[1] .

ومع اشتمال هذا التعريف على مصادر الالتزام التي خلا منها سابقيه إلا أنه لم يسلم من الملحظ الثاني وهو اقتصاره على الركن المادي للخطأ.

ويمكن الوصول إلى تعريف يجمع أركان الخطأ إذا أضفنا عنصر الإدراك والتمييز إلى التعريف السابق فيقال إن الخطأ هو : "إخلال بالتزام سابق نشأ من العقد أو النظام الذي سنه ولي الأمر أو قواعد الأخلاق مع توافر التميز والإدراك في المخل" .

وفي هذا التعريف تجتمع أركان الخطأ وهي :

١) الركن المادي المتمثل بالإخلال بالالتزام أيًا كان مصدره.

٢) الركن المعنوي المتمثل بتمييز وإدراك من وقع منه الإخلال .

الفرع الثالث : تعريف الخطأ في الفقه الإسلامي :

لم يستعمل الفقهاء لفظ الخطأ للتعبير عن الإخلال بالالتزام الذي هو ركن المسؤولية العقدية مع ورود هذه الكلمة في جملة من ألفاظ الكتاب والسنة وكلام الفقهاء ومن ذلك قوله تعالى :﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا﴾[1] ، وقوله تعالى :﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا﴾[2] .

---

[1] انظر : العمل غير المشروع باعتباره مصدرًا للالتزام ، د. محمود جلال حمزة ، ص٦٥.

([1]) النساء:٩٢.

([2])الإسراء:٣١.

وجاء في السنة في مثل قوله صلى الله عليه وسلم : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) [1]، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) [2].

وحملت أبواب الفقه كأبواب الجنايات والقضاء كمًا ليس بالقليل من استعمال الفقهاء للفظ الخطأ لكنهم يستعملونه عمومًا بمعناه اللغوي وهو مخالفة الصواب[3].

وإن كان الفقهاء لا يعبرون بالخطأ عن الإخلال بالالتزام الذي هو ركن المسؤولية العقدية إلا أنهم يستعملون لذلك ألفاظًا أخرى كالتعدي أو التفريط والتقصير فالتعدي عند الفقهاء هو ركن الضمان وهو ما يقابل مصطلح الخطأ عند القانونيين.

ويُعرف الفقهاء التعدي بأنه : "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا أو عرفًا أو عادة"[4] ، والتفريط هو : "التقصير والإهمال وقلة الاحتراز في الشيء"[5].

فركن التعدي هو مجاوزة المأذون به شرعًا أو عرفًا أو عادةً فإذا حصل الضرر على الغير دون أن يتجاوز الشخص ما أذن له فيه أو يتجاوز إلى حق الغير وملكه فلا ضمان عليه، إذ إن قاعدة الضمان المقررة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[6] وقد يوجد التعدي في صورة المجاوزة إلى حق الغير ولو لم يتجاوز ما أذن له الشرع به كأكل المضطر طعام غيره فهو لم يتجاوز ما أذن فيه بل فعل ما أمر به وإنما تجاوز إلى حق غيره وهذه الصورة تضبطها قاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير"[7].

---

(1) أخرجه البخاري (٢٦٧٦/٦/٦٩١٩)، ومسلم (١٣١/٥/٤٥٨٤).

(2) أخرجه ابن ماجة (٦٥٩/١/٢٠٤٥) وصححه الألباني رحمه الله (إرواء العليل ١٢٣/١).

(3) انظر : الكفوي، الكليات ، (٤٢٤) ، الأصفهاني، المفردات ، (١٥٧).

(4) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي د. محمد فوزي فيض الله، ، ٩٢،٩٣.

(5) انظر : نظرية الضمان الزحيلي، ، ١٨، الموسوعة الكويتية ، ٢٢٢/٢٨.

(٦) انظر : شرح القواعد الفقهية الشيخ أحمد الزرقا، ، ٤٤٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ٢٦٣/٢٨.

(٧) انظر : شرح القواعد الفقهية الشيخ أحمد الزرقا، ، ٢١٣.

وإذا كنا قد أوردنا تعريف الفقهاء للتعدي وبعض القواعد المتعلقة به إلا أننا بحاجة إلى معرفة ضابط التعدي ومعيار الفعل الذي يُعد تعديًا وتجاوزًا للمأذون فيه، وهو أمر في غاية الأهمية.

فنقول في ضابط التعدي : أن "كل ما جاء به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"(١) كالحرز في السرقة، والقبض والتفرق في البيع.

وعلى ذلك فمعيار التعدي عند عدم وجود نص شرعي أو تحديد لغوي أو اتفاق بين الطرفين مرده إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعده الناس في عرفهم تعديًا فهو كذلك سواء كان عرفًا عامًا للناس كافة أو خاصًا كعرف التجار وأصحاب الحرف ونحوهم.

قال القرافي(٢) في الذخيرة : إذا رد الدابة مع أجيره أو غلامه أو جاره فعطبت لا يضمن لأن ذلك شأن الناس(٣).

ولما رتبت الشريعة الضمان على المتعدي لم ينظر في ذلك إلى وصف الفاعل بل إلى وصف الفعل(٤)، وعلى هذا فقد يضمن الصغير والمجنون إذا حصل منهم تعدٍ أضر بحقوق الآخرين لأن الضمان مربوط بالإتلاف بقطع النظر عن كون المتلف مكلفًا أم لا.

فمعيار التعدي في الفقه الإسلامي موضوعي بحت لا ينظر إلى شخص المتعدي وإنما ينظر فيه إلى فعل التعدي والضرر الحاصل ، وضابطه ما جرى عليه العمل شرعًا وعرفًا(٥).

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر ، السيوطي، ص ٩٨.

(٢) أحمد ابن إدريس بن عبدالرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي: - أحد الأعلام المشهورين انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله تعالى نسبته إلى قبيلة صنهاجه (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، ت ٦٨٤هـ. (ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، ٢٣٦/١، الزركلي، الأعلام ، ٩٥/١).

(٣) انظر : الذخيرة ، القرافي، (٢٠٥/٦).

(٤) انظر : الضمان في الفقه الإسلامي ، الشيخ علي الخفيف ،ص ٩٥.

(٥) انظر : مسؤولية المباشر والمتسبب ، د. عماد أبو صد ، ص ١٣٩.

وبهذا نجد أن الفقه الإسلامي سبق شراح القانون بالأخذ بالمعيار الموضوعي للخطأ الذي ينظر فيه للفعل لا إلى الفاعل، وضابطه العرف إن لم يكن له في الشرع تحديد، فما صدر من سلوك يوافق ما تعارف عليه الناس فلا يعد تعديًا فيه وإن خالفه فهو تعدٍ(١).

(١) لشراح القانون في معيار الخطأ نظريتان هما :

أ- المعيار الشخصي (النظرية الشخصية) مفادها أن ينظر في تحديد الخطأ (الضرر) إلى الشخص الذي أحدثه (المتعدي نفسه) فإن كان في سلوكه انحراف عن سلوكه المعتاد كان الفعل تعديًا وخطأ تترتب عليه المسؤولية وإلا فلا "ويعيب هذا المعيار صعوبة تطبيقه وعدم عدالته للمضرور.

ب- المعيار الموضوعي (النظرية الموضوعية) ومفادها أن ينظر في تحديد الخطأ (الضرر) إلى الفعل لا إلى الشخص فإن كان الفعل مخالفًا لسلوك الناس أو القانون كان الفعل تعديًا وخطأ ترتب عليه المسؤولية وهو معيار عادل منضبط سهل التطبيق وهو ما أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء . (انظر : مسؤولية المباشر والمتسبب، د. عماد أبو صد، ١٣٨، والوجيز في شرح القانون المدني، د. ياسين جبوري، ١٥٨).

المطلب الثاني : شروط الخطأ :

إن الخطأ العقدي يستلزم شروطًا لتحقيقه تقوم على ضرورة قيام عقد صحيح بين الدائن والمدين وعلى نشوء الضرر من جراء عدم تنفيذ العقد.

ومثل هذه الشروط لحضها الفقه الذي يفرض قيام عقد، ويفرض أن يكون هذا العقد صحيحًا يقوم بين مرتكب الضرر والضحية، كما يشترط أخيرًا قيام ضرر ينجم عن عدم تنفيذ العقد.

الشرط الأول : قيام عقد :

حتى ينشأ خطأ عقدي، لابد من قيام عقد بين المسؤول عن الضرر والمتضرر وهما المتعاقدان، وأن يكون منشأ الضرر هو الإخلال بأحكام هذا العقد، إذ يصعب أساسًا تصور إخلال بعقدٍ لا وجود له ، فمثلاً إذا نشأ عقد بين المستشار القانوني المسؤول عن الضرر ، والطرف الآخر المتضرر الذي هو العميل ، وكان منشأ هذا الضرر عدم الالتزام بالعقد المبرم بينهما فهنا تنشأ المسؤولية .

الشرط الثاني : قيام عقد صحيح :

هذا الشرط يفرض أن يتوافق العقد المبرم بين المستشار القانوني والطرف الآخر بموضوعه وسببه مع النظام العام، وأن لا يخالف القواعد الاجتماعية والآداب الإسلامية العامة وأن لا يحوي أية شروط مخالفة للنظام الذي سنه ولي الأمر ، كما يفترض أن يقوم على وجه صحيح بمعزل عن أي عيب قد يشوب الرضا المتبادل لأن الإخلال بمبدأ صحة العقد يؤدي إلى بطلانه.

الشرط الثالث : قيام عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمتضرر :

إن السبب الذي فرض شرط قيام العقد بين المسؤول عن الضرر والمتضرر هو اقتصار العقود بآثارها أصلاً على الأطراف المتعاقدين بما تنشئه من التزامات متبادلة، إذ أنه عملاً بمبدأ

الأثر النسبي للعقود فإن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين وخلفهم عاما أو خاصا بحيث لا يمكن إلزام غيرهم بما يترتب عليهم شخصيًا من التزامات التزموا بها في العقد ، وإذا حدث أن تعدى الضرر الناشئ عن خطأ عقدي ولو كان منشأه العقد، لأنه في مثل هذه الحالة يتجرد الفعل الضار من صفته العقدية بالنسبة للغير.

الشرط الرابع : ضرورة نشوء الضرر عن الإخلال بالعقد :

يجب أن تكون مسؤولية المستشار القانوني المسؤول عن الضرر ناشئة بسبب عدم الالتزام بالعقد المبرم بينه وبين الطرف الآخر –العميل- لتنشأ المسؤولية ، فهذا الشرط يفرض أن يكون الضرر الذي شكا منه الدائن قد نتج عن الإخلال بموجبات العقد، فإذا ارتد الضرر إلى عمل لا يرتبط بالعقد ولا يتعلق بالإخلال به يكون الشرط غير محقق. واشتراط مثل هذه الرابطة بين الفعل الضار المتمثل في الإخلال بالعقد وبين الضرر الذي يصيب المدين هو أمر ضروري، لأنه بغياب مثل هذه العلاقة لا يمكن للخطأ العقدي أن يقوم، وهو لا يتحقق ولا يشكل أساسًا لقيام المسؤولية العقدية إلا إذا نجم عنه ضرر[1].

---

[1] المسؤولية المدنية للمحامي، محمد عبد الظاهر حسن ، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، والمسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، سليمان مرقس،ص ١٢٦، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .

المطلب الثالث : صور الخطأ :

إذا كان الخطأ العقدي يقوم عند عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد أيًا كان السبب في ذلك، فإن من بين الصور المهمة التي يتحقق بها هذا الخطأ، والتي يقتضي الإشارة إليها، ما يقوم في الحالات التالية :

أولاً : **حالة إعلان المدين رفضه لتنفيذ الموجب** : إن الإخلال بتنفيذ أحكام العقد يظهر قبل كل شيء عند إعلان المدين نيته بعدم تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه ، مثل المستشار القانوني لو أعلن رفضه تنفيذ الالتزام عليه .

ثانيًا : **حالة امتناع المدين عن التنفيذ** : وهذه الصورة تختلف عن سابقتها بأن امتناع المستشار القانوني عن تنفيذ العقد يكون حقيقياً وليس إعلاناً فقط ، وهذا السبب لا يقوم إلا في غياب السبب الأول المتمثل في إعلان المدين صراحة رفضه للتنفيذ، وفي هذه الحالة يقتضي معرفة ما إذا كان عدم تنفيذ المستشار القانوني مرده إلى استحالة في تنفيذ الموجب، أو إلى رفضه القيام بذلك، وفي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت أن المستشار القانوني لايريد تنفيذ موجبه.

ثالثًا : **حالة عدم التنفيذ الجزئي** : في هذه الحالة يقتضي التفريق بين ما إذا كان عدم تنفيذ المستشار القانوني لجزء معين من العقد قد طال التزاماً أساسيًا له نفس الأهمية والفائدة للدائن حيث يكون الأمر بمثابة عدم تنفيذ كامل للموجب العقدي ، وبين ما إذا كان الموجب فرعيًا حيث يتحقق التنفيذ جزئيًا ، وعندها يقاس الضرر بعدم تنفيذ الموجب الفرعي فقط .

رابعًا : **حالة التنفيذ السيئ للالتزام** : هذه الحالة تقوم عند خسارة الدائن بناء على قيام المستشار القانوني بالدراسة المغلوطة وتقديم الاستشارة القانونية قبل الدراسة الوافية ، عندها يقوم على الدائن عبء إثبات التنفيذ السيئ للموجب.

خامسًا : حالة التأخر في تنفيذ الالتزام : إن المدين بتنفيذ التزاماته العقدية لا يلتزم فقط بتنفيذها، وإنما يلتزم أيضًا بتنفيذها في الوقت المحدد والمتفق عليه[1] .

وبعض شراح الأنظمة يرى في هذا السبب إخلالاً جزئيًا بتنفيذ العقد معتبرًا أن التنفيذ في الوقت المحدد هو التزام فرعي لم يتم تنفيذه.

وعدم تنفيذ الالتزام تختلف صورته بحسب نوع الالتزام العقدي وما إذا كان التزامًا بتحقيق نتيجة أو التزامًا ببذل عناية ، والمستشار القانوني التزامه التزام بذل عناية غالباً .

فالالتزام العقدي الذي يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة هي محل العقد، ومن ثم يكون التزامه قائمًا بتحقيق هذه النتيجة، مثل الالتزام بنقل ملكية المبيع أو بإقامة بناء أو بتسليم عين، ومثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من العقد، وأكثر الالتزامات التعاقدية من هذا النوع ، وإذا لم تتحقق النتيجة يكون المتعاقد مرتكبًا لخطأ عقدي يوجب المسؤولية.

أما الإخلال في الالتزام ببذل عناية فهذا النوع لا يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة بل يلتزم فقط بأن يبذل قدرًا معينًا من العناية للوصول إلى هدف معين ، فإذا بذل المستشار القانوني هذا القدر من العناية يكون قد وفى بالتزامه ، مثل التزام الطبيب بعلاج المريض فعليه أن يبذل من العناية حسب أصول مهنته فإذا أدى ذلك يكون قد وفى بالتزامه ولو لم يتم شفاء المريض، والتزام المحامي بالدفاع عن المتهم والتزام الوكيل والتزام المودع لديه ببذل العناية في عمله والحفاظ على الوديعة.

يتضح مما سبق أن الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة هو عدم تحقيق هذه النتيجة ، وإن الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية هو عدم بذل القدر الواجب من العناية[1] .

[1] المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، حسين عامر وعبدالرحيم عامر ص ١٢٧ .

[1] انظر : المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ص١٢٩ .

وكيف يتم إثبات الخطأ العقدي ؟

إذا طالب الدائن (المضرور) بالتنفيذ العيني للعقد يقع عليه عبء إثبات وجود هذا العقد وبذلك يقوم الدليل على مديونية المدين، أما إذا ادعى المدين أنه وفى الالتزام فعليه إثبات هذا الوفاء وإذا لم ينجح حكم عليه بالتنفيذ العيني.

أما إذا كان المدين لم يقم بالتنفيذ العيني وادعى الدائن ذلك فعليه أن يثبت أن المدين لم ينفذ الالتزام وعليه فيطالب بالتعويض، فالدائن لا يلتزم فقط بإثبات وجود العقد بل يلتزم كذلك بإثبات عدم تنفيذ المدين للالتزام، فإذا تم إثبات ذلك قام الدليل على الخطأ العقدي، كما يجب عليه أيضًا إثبات الضرر الذي لحقه وإثبات كذلك العلاقة السببية، والضرر يكون إثباته بجميع الطرق لأنه واقعة مادية، أما إثبات علاقة سببية فيفترض وجودها.

وإثبات عدم تنفيذ الالتزام يختلف بحسب نوع الالتزام، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة وجب على الدائن إثبات عدم تحقق النتيجة المقصودة من العقد، وهذا الإثبات في الغالب يكون سهلاً من الناحية العملية حيث يكفي أن يقر الدائن بعدم تحقق هذه النتيجة، كما في الالتزام بتسليم المبيع ولم يسلمه المدين.

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل القدر الواجب من العناية، وهذا الإثبات من الناحية العملية أثقل وطأة من الالتزام بتحقيق نتيجة، فالدائن عليه أن يثبت انحرافًا في التزام المدين، والمدين يثبت أنه بذل الجهد وأن الانحراف كان بسبب أجنبي، وبذلك تنتفي علاقة السببية ولا تقوم المسؤولية، والذي يحصل عملاً أن يقدم كل خصم ما لديه من أدلة تؤيد ادعاءه فيوازن القاضي بين أدلة الطرفين، ويحكم لصالح من ترجح أدلته.[1].

---

(١) انظر : المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ص١٤٣.

وقد اجتهدت في ذكر صور للإخلال بالالتزام[1] اذكرها كالتالي :

١ – مخالفة النظام :

إذا كانت أحكام القانون أو الأنظمة الموضوعية توجب عملاً أو تمنع القيام بعمل حددته فإن مخالفتها يعتبر خطأ تتحقق به المسؤولية لو أدت المخالفة إلى ضرر بالغير.

وهذه المخالفة هي بحد ذاتها مما لا ينبغي ارتكابها إذ تكون إخلالاً بواجب يفرض النص على الشخص مراعاته لزامًا، فيكون الإخلال بهذا الواجب مُوفرًا للخطأ ركنه الموضوعي .

وتجدر الإشارة إلى أن مخالفة الأنظمة المقررة للصالح العام تستتبع المسؤولية على المخالف تجاه من تضرر من مخالفته، إذ أن النظام قد رتب على المخالفة جزاء يتمثل في عقوبة للاقتصاص بها ممن أخل باستقرار المجتمع أو انتظامه، فإن هذا الاقتصاص لا يحول دون الذي أضرت به المخالفة من أن يحتج بالضرر الناتج له عنها للمطالبة بالتعويض إصلاحًا لضرره فالمخالفة تكون قد مست حقًا مشروعًا فتكون مطالبته تلك مُبررة نظامًا، فالشخص الذي يتضرر في ملكه من مخالفة جاره لنظام البناء أو التنظيم المدني يكون له أن يتذرع بالمخالفة في وجه من أتاها لمساءلته مدنيًا عن الضرر الناتج عنه ، ولا يعزب عن البال إن مراعاة الأنظمة لا تحتك بالمقابلة استبعاد المسؤولية المدنية حكمًا، غير أن بعض الأنظمة أو الشرائع لا تغني عن تدابير حيطة تستوجبها ظروف خاصة ، إذا الافتراض إن الواجبات المعينة في هذه الأنظمة والشرائع هي مقررة بالنظر إلى الحالات العادية، فإن كان نظام السير قد رُسم لسلوك السائق خطوطًا واجبة لزامًا، فإنه يصدفُ أن يواجه السائق وضع يقتضي منه واجب التشدد في التيقظ والدقة في التنبيه والتحسب حتى يتدارك مخاطر يحتملها هذا الوضع فإن أغفل هذا الواجب فإنه يُحاسب عن إهماله ولا يفيده تذرعه بأنه راعى في قيادة سيارته الأنظمة التي احتواها قانون السير وإذا قارب السائق مُفترق طرق وكانت له أفضلية المرور فيه – فإن هذه الأفضلية لا تغنيه عن

---

(١) تفصيل هذه الصور محل اجتهاد من الباحث حاولت من خلالها إظهار الشخصية للباحث والتوفيق بيد الله وحده ، وقد استفدت في الجملة من كتاب : أخلاق النبي وآدابه صلى الله عليه وسلم ، لمؤلفه : عبد الله بن حيان الأصبهاني وتحقيق صالح بن محمد الونيان ، المكتبة الوقفية .

واجب التنبيه والتيقظ ، فيخفف من سرعته لو كان مندفعًا فيها حتى يستبعد كل مفاجأة ليست نادرة.

٢ – الخطأ في تأويل النصوص :

المستشار القانوني يفترض أن يكون على قدر من العلم والمعرفة والدراية وأن يحوز شهادة علمية ليكون لديه استعداد فطري وكذا ذهني حتى يستطيع أن يتعامل مع نصوص المواد التعامل الأمثل والأنجح لأن الاستشارات القانونية تتسم بمبادئ نبيلة تفرض على المستشار القانوني واجبات عديدة تجاه من يستشيرونه، فإذا فسر مثلاً أحد نصوص النظام تفسيرًا خاطئًا فإنه يكون عرضة للمساءلة سواء ترتب عليه ضرر العميل أم لا ، لأن الخطأ هنا هو إخلال بالتزام قانوني يفرض عليه أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوخاه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته يكون قد أخطأ.

٣ – عدم الإلمام بالعمل :

المسلم مدعو إلى أن يعمل ويجد ويجتهد لطلب الرزق. ذلك أن هذا السعي عبادة كسائر العبادات، بل قد تصل مثوبة إلى أرقى منزلة من العبادة وهي الجهاد. والعمل فضل ومنة من الله، والسعي في العمل سبب للفلاح، وعندما نسخ القرآن الكريم وجوب قيام الليل على الصحابة بين أسباب النسخ وهي المشقة التي يلاقيها التجار في أسفارهم، وقرن السعي في التجارة بالجهاد في سبيل الله، حيث يقف المؤمن، مدافعًا عن حرمات الله، لينشر دين الله، فالسعي في طلب الرزق إذن واجب، بينما التهجد نافلة يُعفى منها الإنسان.

قال الله تعالى : ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ۙ وَءَاخَرُونَ يُقَـٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ۖ﴾[(١)] . والعامل مُطالب بإتقان العمل، والحرص على الإتيان به على الوجه المطلوب، وأولى الناس بإتقان العمل المستشار القانوني لما فيه من نصرة للمظلوم وإحقاق للعدل والحق ولأنه مؤتمن من قبل العميل.

فينبغي للمستشار القانوني عندما يُستشار أن يشير بما يظهر له فيها، ولا يصح له أن يغريه بنجاح قضيته وواقعها بعكس ذلك، وقد ذكر عُلماء الشافعية من الأعذار التي يُمهل لها الخصم عند طلب تأجيل الجواب على الدعوى أو عند امتناعه من الحلف ونكوله عن اليمين : مُطالبته بمراجعة عالم، واستفتاء فقيه في مسألته ....[(٢)] .

٤ – كثرة العمل :

المستشار القانوني مهنته ليست بالمهنة النظرية التي تعتمد على الخيال والعبارات الخطابية، بل مهنة ترتبط ارتباطًا بالمجتمع لأنها صدى لحياته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

لذا كان على المستشار القانوني أن يتقبل القضايا التي تعرض عليه إذا علم أن أصحابها مظلومين من باب نصرة الأخ لأخيه حتى ولو كثرت القضايا إذا كان يوفيها حقها ويوليها جل رعايته واهتمامه ولا تعتبر هنا صورة من صور الخطأ إلا إذا ترتب على كثرة القضايا والعمل أن يطغى بعضها على بعض وأن يلغي بعضها بعضًا هنا تكون صورة الخطأ التي يترتب عليها المساءلة، لأن الإنسان مطالب بإتقان عمله وأن لا يتسرع في عمل حتى ينجز العمل الآخر بل إن أهل العلم نصوا على أن الإنسان لا يثقل على نفسه بكثرة العبادة التي هي علاقة بين العبد وربه فما بالك بالمعاملات التي هي من باب أولى، وخصوصًا إذا تعلقت بها حاجات الناس وهذا ينطبق على المستشار القانوني بالدرجة الأولى حيث ينبغي أن يُنجز أمور الناس وهو بحاجة إلى ذهنٍ صافٍ ليضع الموازين في نصابها ويضع النقاط على الحروف.

---

(١) المزّمل: جزء من الآية ٢٠.

(٢) انظر : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٨، ص ٣٥٩.

٥ – السهو :

يجب أن يكون المستشار القانوني على قدر كافٍ من الذكاء والفطنة والدراية، وعليه أن يسرع في تقديم المشورة لأصحاب الدعاوي دون توان أو تأخير .

وعلى المستشار القانوني فيما يقدمه أن يكون مثلاً للأدب الرفيع وترك العجلة ، وعليه التزام الصدق وتحري العدل فيما يقول ويذر، لأن الصدق نور وبرهان ويتحرى العدل سواءً كان لموكله أم عليه، وعلى المستشار القانوني المتيقظ أن يبذل الجهد ولا يغشه، أو يواطئ عليه في الباطن، ويطمع في حقه عند توجه دعواه فيزيد عليه في الجُعل ، وعليه أن يحافظ على سر الخصومة وذلك ما يجوز حفظه شرعًا، وذلك بألا يشيع أمر خصومة موكله التي استشاره فيها أو يُفشي شيئًا من أمرها يسيء إليه، فمن الناس من لا يحب إشاعة أمر خصومة، ويعدها من عوراته التي يحب كتمها، ويتأكد ذلك فيما يجب كتمه شرعًا من بعض أمور الزوجية، أو ما يُحدث فتنة أو قطيعة بين الأقارب والجيران خاصة أو بين المسلمين عامة إذا غفل عن هذا وسها كان من صور الخطأ التي توجب المسائلة[١].

٦ – الاعتذار بالجهل بالنظام :

الجهل ينقسم إلى قسمين:(١) جهل بالواقعة التي يطرحها الخصوم.

(٢) جهل بالأحكام الشرعية الواجبة التطبيق المعروضة على القاضي.

وفي كلا الحالتين ينبغي أن يمحص المستشار القانوني القضايا تمحيصًا دقيقًا وأن يُمعن فيها النظر ويحيط بجوانبها كافة، ليعطي استشارة مدروسة ، فإذا لم يحط بتلك القضايا إحاطة واعية بصيرة، كانت آراءه عن جهل، يُعاقب عليه ولا يسوغ له أن يعتذر بجهله بالنظام، بل لابد وهو قد امتطى صهوة هذه المهنة أنه يُلم بالأنظمة الصادرة في الدولة وأن يعي ماذا يراد منها وما يترتب عليها، ومعلوم في أنظمة الدول أن القانون لا يحمي المغفلين، إن المرء لا يمكن

(١) يلاحظ القارئ أن صور الخطأ متداخلة فيما بينها وهي قريبة من معاني بعض، لذا أحببت أن أشير إلى ذلك.

أن يعتذر بالجهل بالنظام بل يكون عُرضة للجزاء والعقاب فلابد لكل شخص قبل أن يلجأ إلى بلد أن يعرف الأنظمة المعمول بها حتى يقي نفسه من طائلة النظام، والمستشار القانوني من باب أولى ينبغي أن يعرف الأنظمة وأن يدرسها ويلم بها بالدرجة الأولى حتى يقي نفسه المسائلة ويقي موكله هذا الأمر .[1].

(١) هذا ما حاولت مجتهدا كتابته وجمعه مستفيدا من كتاب أخلاق النبي وآدابه صلى الله عليه وسلم ، لمؤلفه : عبد الله بن حيان الأصبهاني وتحقيق صالح بن محمد الونيان ، المكتبة الوقفية .

المطلب الرابع : الخطأ في الفقه الإسلامي :

تختلف صور الخطأ العقدي باختلاف نوعه ، فإن كان التزام المدين التزاماً بتحقيق غاية وهو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام، ويعتبر المدين مخلاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق هذه الغاية التي تعهد بتحقيقها فالتزام البائع مثلاً هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم المبيع إلى المشتري فإذا لم يقم بذلك اعتبر مخلاً بتنفيذ التزامه، وتقررت مسؤوليته العقدية وأكثر الالتزامات العقدية تكون من هذا النوع، وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في القانون الفرنسي بعبارة الالتزام بنتيجة.

أما من ناحية عبء إثبات الخطأ العقدي، فإنه يقع على عاتق الدائن في رأي الجمهور، وكما سبق أن عرفنا أن الخطأ العقدي ليس سوى عدم تنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين، فإنه يجب على الدائن إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه على الوجه الوارد فيه، فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية فإن الدائن يقيم الدليل على عدم تحقق هذه الغاية.

وطبيعي أن يكون عبء الإثبات هنا أيسر من حالة ما إذا كان الالتزام بتحقيق عناية وسيأتي الكلام في ذلك حيث يلزم الدائن في الالتزام بتحقيق عناية من إثبات قصور مدينه عن بذل العناية المتفق عليها.

فلو قام عقد بيع مثلاً بين طرفين فالتزم البائع بموجبه بتسليم المبيع إلى المشتري ثم حدث إخلال من جانبه فلم يقم بتنفيذ التزامه، فإنه في هذه الحالة يتعين على المشتري إثبات عقد البيع وعدم تسليم المبيع إليه. فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدي، لا يستطيع البائع أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه بتسليم المبيع إلى المشتري فلم يستطع، لأنه ملتزم بتحقيق غاية ولم يحققها وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسؤوليته العقدية متحققة[1].

ولا يبرأ من المسؤولية إلا أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عينًا وأنه قام بتسليم المبيع إلى المشتري، وبذلك نخرج من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني.

---

(١) انظر : د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، ص١١٥.

ويأخذ الفقه الإسلامي بعنصر الالتزام بتحقيق غاية كما في النظام ، فلا يعتبر المدين أنه قد أوفى بالتزامه إلا إذا قام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام بين المتعاقدين، فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري لا يتم ولا يتحقق إلا إذا قام فعلاً بتسليم المبيع إلى المشتري[1] .

ومهما كانت الأسباب التي تحول دون تسليم المبيع – عدا الآفات السماوية والجوائح (القوة القاهرة) – فإنه إذا لم يسلم المبيع عُدّ مخلاً بالتزامه، ومن ثم يكون هناك خطأ عقدي، كذلك الأمر في التزام المؤجر بتسليم المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية لا يتم إلا بتسليم المنفعة فعلاً إلى المستأجر.

ولعلنا نأتي أولاً على التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بشيء من التفصيل :

فكما تقدم أن التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري التزام بتحقيق غاية، فإذا لم يقبض المشتري المبيع اعتبر البائع مخلاً بالتزامه التعاقدي.

نصت المادة ٣١٥ من "مجلة الأحكام الشرعية" على أنه :

"ينفسخ العقد بتلف المبيع بآفة قبل القبض إذا كان المبيع بكيلٍ ونحوه أو بصفة أو برؤية متقدمة إذا بقي من المبيع بعضه خُيّر المشتري بين أخذه بقسطه من الثمن وبين تركه. وترجع على البائع إلا إذا كان عرضه على المشتري فامتنع من قبضه فهو على المشتري"[1] .

قال البهوتي[2] في الروض المربع :" أنه إذا تلف المبيع بكيلٍ ونحوه أو بعضه قبل قبضه فمن ضمان البائع وكذا لو تعيب قبل قبضه، وإن تلف بآفة سماوية لا صنع لآدمي فيها بطل – أي انفسخ – البيع"

---

[1] انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، للسنهوري ج٦ ص١١٥ .

(٢) انظر : مجلة الأحكام الشرعية ، أحمد القاري ، المادة ٣١٥.

[3] انظر : منصور البهوتي ، الروض المربع بشرح زاد المستنقع، مطبعة دار الفكر ص١٧٨ ، وهو زين الدين أبو السّعادات منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ولد سنة ١٠٠٠هـ بمصر ،كان عالما انفرد بمذهب أحمد في عصره ، من مؤلفاته : حواشي الإقناع ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، عمدة الطالب لنيل المآرب ، توفي سنة ١٠٥١هـ.

ويستشهدون في هذا المقام بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : (الخراج بالضمان)[٣].

ويستنتج مما سبق أن البائع لا يعتبر أنه قد نفذ التزامه من تسليم المبيع إلا إذا قبض المشتري المبيع فعلاً وعندها تبرأ ذمة البائع وتكون تبعة الهلاك على المشتري.

وقد أخذ بهذا الحكم المذهب الحنبلي فقرر أن البائع ضامن لما التزم به تجاه المشتري قبل القبض فيما إذا تلف أو تعيب المبيع إلا إذا كان السبب هو آفة سماوية خارجة عن إرادة البائع ففي هذه الحالة يبطل البيع إذا كان الهلاك لحق كل المبيع ويخير المشتري بين أخذ ما بقي بقسطه من الثمن وبين أن يرجع على البائع بأن يعطيه بدل المتلف إن كان مثليًا أو قيمته إن كان قيميًا أما إذا كان الإتلاف من فعل المشتري فلا مسؤولية حينئذ على البائع لأنه وفّى التزامه العقدي وإنما حصل الضرر والإتلاف بفعل المشتري نفسه.

قال السرخسي[١] في المبسوط : "قبل القبض، المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمنقول حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن" .

ثانيًا : التزام المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر :

يعتبر التزام المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية فلا يكفي أن يبذل المؤجر جهده في نقل هذه المنفعة إلى المستأجر بل يجب نقلها وتمكينه منها فعلاً.

لذلك فمن شروط صحة الإجارة في الفقه الإسلامي : القدرة على تسليم العين المستأجرة مع اشتمالها على المنفعة، فلا يصح تأجير دابة شاردة ولا مغصوب لا يقدر على

---

[٣] حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة في سننه .

[١] انظر : شمس الدين السرخسي، المبسوط، مطبعة دار الدعوة، استانبول، تركيا، ج١٣، ص٩ ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرَخْسِي – رحمه الله – نسبة إلى سَرَخْس بلد بخرسان وكان مولده فيها ، من مؤلفاته :شرح مختصر الطحاوية والمبسوط توفي رحمه الله سنة ٤٩٠هـ وقيل سنة ٤٨٣هـ و الله أعلم .

انتزاعه لعدم القدرة على التسليم، ولا أرض للزرع لا تنبت أو دابة للحمل، وهي زمنة لعدم المنفعة التي هي موضوع العقد[1].

فلو أن المستأجر لم يتمكن من المنفعة حتى لو كان السبب أجنبيًا فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه لأنه لم يحقق الغاية المطلوبة وهي تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وهو الأمر المعتد به في هذا الالتزام.

أما الالتزام ببذل عناية فمن الممكن تصور وجود التزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي كما هو موجود في النظام ، ويكون هذا الالتزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض معين سواء تحقق هذا الغرض أم لم يتحقق فلابد من أن يبذل المدين في تنفيذه للالتزام قدرًا معينًا من العناية.

وهذا القدر يستلزم العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصرًا ويسمى هذا التقصير في الفقه الإسلامي بالتعدي، والمدين في عقد يكون مسؤولاً عن الخطأ العقدي إذا تعمد أو تعدى[2].

والتعدي هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا أو عرفًا أو عادة. ومقياس التعدي وضابطه هو مخالفة المعتاد، والمنظور إليه في هذا الضابط هو سلوك الرجل العادي، أو الإنسان العادي، لا الإنسان الحاذق النبيه[3].

فالمعيار في الفقه الإسلامي معيار موضوعي لا ذاتي، ومن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي في مثل هذا الموضوع ما قال به السيوطي أن : "كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف" ومثاله كالحرز في السرقة والتفرق في البيع[4].

---

(٢) انظر: السيد سابق، فقه السنة، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، ج٣، ص٣١٥.

(٢) انظر : د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٦، ص١٤٩.

(٣) انظر : د. فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مطبعة الفيصل، الكويت.

(٤) انظر : الأشباه والنظائر ،السيوطي، ص٩٥. عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد سابق الدين خن الخضيري الأسيوطي ، اشتهر بجلال الدين السيوطي ، ولد عام ٨٤٩ هـ ، عالم كبير ، من مؤلفاته الأشباه والنظائر والحاوي في الفقه والاقتراح في اللغة توفي رحمه الله عام ٩١١هـ .

فالعبرة في السلوك المألوف هو المعتاد بين الناس فما خرج عن الأمر المعتاد كان انحرافًا يحقق المسؤولية أما إذا كان معتادًا فلا يكون ثمة تعدي وبالتالي فلا يكون سببًا للضمان.

فالتزامات الوديع في حفظ الوديعة يعد التزامًا بتحقيق عناية، فالوديعة أمانة في يد الوديع، والأمانة لا تكون مضمونة إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه، وعليه ضمانها إذا هلكت بتعدية أو بتقصير في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك.

يقول صلى الله عليه وسلم : (ليس على المستودع غير المغل – الخائن – ضمان)[١] ، ويقول عليه الصلاة والسلام : (لا ضمان على مؤتمن)[٢] واشتراط الضمان على الأمين باطل، لكن اشتراط عدم الضمان بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ جائز[١].

والعناية المطلوبة قد تتدرج، فيلزم في حالة مقدار من العناية أكبر وفي أخرى أقل تبعًا للعناية المألوفة بين الناس وقد يختلف ذلك بين العلماء باختلاف الزمان والمكان، من ذلك ما جاء في مجمع الضمانات :

"الأجير على نوعين : أجير مشترك وأجير خاص. فالأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ فله أن يعمل لعامة ومن هذا يسمى مشتركًا والمتاع أمانة في يده إن هلك بغير علمه لم يضمن، ولا أجر له عند أبي حنيفة وعندهما (الصاحبان) إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز منه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن، لهما أن الحفظ مستحق عليه تبعًا لا مقصودًا ولهذا لا يقابله الأجر. وقيل قوله قول علي رضي الله عنه وقولهما قول عمر رضي الله عنه".[٢].

---

[٢] رواه البيهقي في سننه عن عمرو بن شعيب ِ عن أبيه عن جده ، ورواه الدار قطني وفي إسناده ضعف كما في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .

[٣] رواه البيهقي واسناده ضعيف ٦/٢٨٩ ، وجاء بلفظ : (من اودع وديعه فلا ضمان عليه)رواه ابن ماجه كتاب الصدقات واسناده ضعيف .

(٤) انظر : د. وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مطبعة در الفكر ، ص٢٩٩.

(٢) انظر : البغدادي، مجمع الضمانات، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ، ص٢٧.

فالعناية المطلوبة قد يتفاوت مقدارها فالأجير المشترك قد اختلف الفقهاء فيه فقال أبو حنيفة والحسن بن زياد[٢] والحنابلة في الصحيح من مذهبهم والشافعي في الصحيح من قوليه ، بأن يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير : لأن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى : ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾[١] ، ولم يوجد التعدي من هذا الأجير لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس هو سببًا فيه ، وقال أحمد في رواية أخرى : يد الأجير المشترك يد ضمان فهو ضامن لما يستهلك في يده ولو بغير تعدٍ أو تقصيرٍ منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام أو غرق غالب ونحوهما[٢].

وبهذا نجد أن الفقه الإسلامي يعرف الالتزام ببذل العناية وهو بذل الجهد والعناية التي يقوم بها الرجل المعتاد وذلك من خلال التزامات الوديع والأجير المشترك على الخلاف الوارد فيما سبق بين العلماء في ضمان الأجير المشترك.

أما عبء إثبات الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق عناية في الفقه الإسلامي فإنه يقع على الدائن إثبات أن المدين قد أخل بالتزامه الذي هو بذل العناية الواجبة إذا كانت يد المدين

---

[٢] الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي ولد سنة ٨٠ هـ، وقيل إنه رأى أنس بن مالك أهم شيوخه عطاء ونافع وعبد الرحمن بن هرمز وحماد بن سليمان وعليه تفقه ، توفي ببغداد سنة ١٥٠ هـ. من أشهر مؤلفاته: الفقه الأكبر.

والشافعي هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان القرشي الشافعي محدث وفقيه وهو أحد الأئمة الأربعة المتبوعين ، من مؤلفاته الرسالة ، مولده سنة خمسين ومئة ، وفاته رحمه الله سنة أربع ومائتين وله أربع وخمسون سنة .

والحسن بن زياد فقيه العراق ، أبو علي الأنصاري ، مولاهم الكوفي اللؤلؤي ، صاحب أبي حنيفة ، نزل بغداد ، وصنف وتصدر للفقه ، وكان أحد الأذكياء البارعين في الرأي ، قال محمد بن سماعة : سمعته يقول : كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث ، كلها يحتاج إليها الفقيه مات ٢٠٤

(١) البقرة:١٩٣.

(٢) انظر : ابن قدامة، المغني، ج٥، ص ٤٧٩، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج١٥، ص١٠٣، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، ص ٧٦٨.والإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ إمام أهل السنة في عصره محدث فقيه ، صاحب المسند ، توفي رحمه الله ببغداد سنة ٢٤١ هـ

يد أمانة ، فعلى العميل إثبات الإخلال بالالتزام العقدي من جهة المدين الذي هو المستشار القانوني .

المبحث الثاني

الضرر الناتج عن أعمال المستشار القانوني

وتحته ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف الضرر .
- المطلب الثاني : شروط الضرر .
- المطلب الثالث : الضرر في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني

الضرر الناتج عن أعمال المستشار القانوني

الضرر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً وقد يتخذ شكل فوات الفرصة ، فالضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يكون أثره على الذمة المالية للمضرور وهو بهذا المعنى لابد من أن يكون محققاً بأن يكون وقع فعلاً أو قد يكون محقق الوقوع مستقبلاً فهاتان صورتان موجبتان للتعويض ، أما الضرر الاحتمالي فلا يعوض عنه إلا إذا وقع ، وسنعرف ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الضرر : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الضرر في اللغة :

(ضر) الضاد والراء ثلاثة أصول :

الأول : خلاف النفع .

الثاني : اجتماع الشيء ومنه قيل للزوجة الثانية ضرة لاجتماعها مع الأولى في عصمة رجل واحد، وضرة الضرع : لحمته، وضرة الإبهام : اللحم المجتمع تحتها.

الثالث : القوة : يُقال فلان ذو ضرير على الشيء إذا كان ذا صبر عليه ومقاساة[1].

والأصل الأول هو المراد من تعريف الضرر، فالضَّرُّ والضُّرُ ضد النفع ومن هذا التقابل قوله تعالى : ﴿ قُلْ أَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا ۚ وَٱللَّهُ هُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴾[2] .

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ابن فارس، كلمة (ضر) ، ٣٦/٣.

(٢) المائدة:٧٦.

" والضَّرُ المصدر والضُّر الاسم وقيل هما لغتان ضد النفع وإذا جمعت بين النفع والضر فتحت الضاد وإذا أفردت الضُّر ضممت الضاد"[١]، و "الضر بالفتح شائع في كل ضرر وبالضم خاص بما في النفس كمرض وهزال"[٢].

الفرع الثاني : تعريف الضرر في النظام :

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود الخطأ العقدي المتمثل بعدم تنفيذ الالتزام فقط بل لابد أن يؤدي الخطأ العقدي إلى ضرر بالطرف الآخر وهو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية.

وقد تعددت تعريفات الشراح للضرر في النظام فعرف بأنه : "المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة من مصالحه المشروعة"[٣].

وقيل هو : " الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو في جسده أو في عرضه أو في عاطفته"[٤].

وعرف بأنه : "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو المصالحة متعلقًا بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك"[٥].

ويظهر من خلال التعريفات المتقدمة اختلافها من حيث الإيجاز والتفصيل واتفاقها على أن الضرر أذى يتعدى إلى جسد المضرور أو مصلحة من مصالحه المادية أو المعنوية.

---

(١) انظر : لسان العرب ابن منظور، ٤٨٢/٤.

(٢) انظر : الكليات الكفوي، ص ٥٧٨.

(٣) انظر : الوجيز في شرح القانون المدني د. ياسين الجبوري، ، ص٥٥٢.

(٤) انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد د. جميل شرقاوي، (٧١٤/١)، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٣٥.

(٥) انظر : محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية د. سليمان مرقس، ، ص ٤٢.

فيوصف الضرر الذي لحق بجسد المضرور أو بمصلحة من مصالحه المادية (بالضرر المادي)، ويوصف الضرر الذي لحق بعاطفة المضرور أو مصلحة من مصالحه المعنوية (بالضرر الأدبي أو المعنوي)، وقد نصت بعض الأنظمة على التعويض عن الأضرار كما في نظام الشركات في المادة (٧٦) حيث جاء فيها : "ويسأل أعضاء مجلس الإدارة بالتضامن عن تعويض الشركة المساهمين أو الغير عن الضرر"[١].

وكذلك جاء النص على التعويض عن الضرر في نظام حماية حقوق المؤلف حيث جاء في بنود المادة (٢٢) : "... رابعًا : يجوز للجنة أن تقرر تعويضًا ماليًا لصاحب حق المؤلف المعتدى عليه الذي يتقدم بالشكوى ويكون التعويض متناسبًا مع حجم الاعتداء والضرر الذي لحق به"[٢].

وإذا انتفت المسؤولية انتفى التعويض ولا تسمع الدعوى بعد ذلك لانتفاء المصلحة.

ويشترط في الضرر المرتب للمسؤولية العقدية ثلاثة شروط[٣] :

١) أن يكون الضرر محققًا سواءً كان حالاً أي وقع فعلاً، أو كان مستقبلاً ولا يكفي أن يكون الضرر محتملاً.

٢) أن يكون الضرر مباشرًا ويراد به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو الإخلال به. أما الضرر غير المباشر فلا يلزم المسؤول بالتعويض عنه، فالضرر المباشر وحده الذي تقوم بينه وبين الخطأ علاقة سببية.

٣) أن يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت العقد وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، أما إذا حصل الغش من المسؤول أو كان الضرر نتيجة لارتكاب

---

(١) انظر : المادة (٧٦) من نظام الشركات السعودي.

(٢) انظر : المادة (٢٢) من نظام حماية حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤١) وبتاريخ : ١٤٢٤/٤/٢هـ.

(٣) انظر : نظرية العقد د. عبدالمنعم الصدة، ، ص٥١٦ وما بعدها، وضمان العقد د. محمود الشحات الجندي، ، ص١٥١.

خطأ جسيم فإنه يسأل عن جميع ما أصاب المضرور من ضرر مباشر سواءً كان متوقعًا أو غير متوقع.

وسيأتي تفصيل لها في المطلب الثاني بإذن الله.

فإذا تهاون المستشار القانوني وقصّر (ركن الخطأ) مما أدى إلى خسارة طالب الاستشارة (ركن الضرر) استحق التعويض عن الضرر الواقع عليه جراء تهاون وتقصير المستشار القانوني وعدم التزامه بالعقد المبرم.

الفرع الثالث : تعريف الضرر في الفقه الإسلامي :

وردت مادة (ضرر) ومشتقاتها في القرآن الكريم والسنة النبوية على وجوه متعددة :

فقد جاءت بمعنى البلاء والشدة[١] في مثل قوله تعالى : ﴿ثُمَّ إِذَا مَسَّكُمُ ٱلضُّرُّ فَإِلَيْهِ تَجْـَٔرُونَ﴾[٢] ، وجاءت بمعنى المرض والوجع[٣] في مثل قوله تعالى : ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُۥٓ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ﴾[٤] .

وجاءت بمعنى الإيذاء[٥] في مثل قوله تعالى : ﴿وَمَا هُم بِضَآرِّينَ بِهِۦ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾[٦] ، وجاءت بهذا المعنى في السنة أيضًا في قوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار)[٧] .

ولما تعددت أوجه استعمالات القرآن والسنة للفظ الضرر تعددت آراء الفقهاء في تعريفه.

(1) انظر : الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي، (١٠/١١٥).

(2) النحل:٥٣.

(٣) انظر : جامع البيان ، الطبري (٣/٣٥٠).

(٤) الأنبياء:٨٣.

(٥) انظر : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير ، (١/٣٦٤).

(٦) البقرة:١٠٢.

(٧) رواه أحمد وابن ماجه وصححه الألباني .

فقيل هو : "إلحاق مفسدة بالغير"[١]، وهذا يشمل الإتلاف والإفساد وغيرهما، كما يشمل الضرر المادي والمعنوي، إلا أنه يشمل أيضًا المفسدة التي تلحق بالغير على وجه شرعي، وهو ما ينبغي أن يخرجه التعريف.

وقيل هو : "إلحاق مفسدة بالغير من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق"[٢]، وهذا التعريف يخرج المفسدة التي تلحق بالغير على وجه شرعي كالعقوبات والقود.

إلا أن قوله "إلحاق" إنما يختص بالضرر الذي يعرف مصدره فيجري فيه الضمان، والأولى أن يشمل التعريف الضرر الذي يعرف مصدره والذي لا يعرف مصدره[٣].

ولتلافي ما يمكن أن يؤخذ على التعريفات السابقة يمكن أن يعرف الضرر بأنه : "مفسدة تلحق بالغير من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق".

وقد استعمل الفقهاء هذه الكلمة بهذا المعنى، ومن استعمالاتهم ما جاء في المبسوط : "وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره"[٤].

قال ابن قدامة في المغني : "وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفًا يضر بجاره نحو أن يبني فيه حمامًا بين الدور أو يفتح خبازًا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرًا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها"[٥].

إلا أن الفقهاء لم يقتصروا في التعبير عن المفسدة التي تلحق بالغير على لفظ الضرر وإنما استخدموا ألفاظًا أخرى كالإتلاف والإفساد[٦].

---

(١) انظر : فيض القدير ، المناوي ، (٥٥٩/٦).

(٢) انظر : المجالس السنية في الكلام على الأربعين النووية للشيخ أحمد الفشني، ، ص١٩٩.

(٣) انظر : دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية د. محمد الدوسري، ، ص٢٨٢.

(٤) انظر : المبسوط السرخسي، ٢٤٢/١٥.

(٥) انظر : المغني، ابن قدامة، ٥١/٥. عبد الله ابن محمد ابن قدامة المقدسي الدمشقي لقبه موفق الدين ولد بفلسطين سنة ٥٤١هـ ، قال عنه ابن تيمية :ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الشيخ الموفق ، وقال ابن رجب عن مصنفاته : صنف التصانيف الكثيرة الحسنة في المذهب فروعا و أصولا و في الحديث و اللغة ،توفي سنة ٦٢٠هـ .

(٦) انظر : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د. سليمان محمد أحمد، ص٢٢٠.

والضرر في المعنى المتقدم يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان، وقد يكون الضرر بالقول كالقذف والسعاية بدون حق للحاكم والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم، وقد يكون الضرر بالفعل إيجابًا كالضرب والإحراق وإتلاف الزرع وهدم المباني، أو سلبًا كالامتناع عن ترميم حائط أو إطعام مضطر[1].

والضرر في الشريعة شرط للضمان لأن الضمان إنما شُرع جبرًا للضرر فإذا لم يوجد الضرر لم يجب الضمان.

---

(١) انظر : نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص٢٤٠.

المطلب الثاني : شروط الضرر :

إن الضرر المراد تعويضه يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، وقد أطلق عليها جانب من الفقه، صفات الضرر[١]، وعلى الرغم من اختلاف الشراح على تعدادها إلا أنه يمكن القول أن أهم تلك الشروط هي :

١ – أن يكون الضرر مباشرًا :

قد تتعدد الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، فهل يكون المدين مسؤولاً عن تلك الأضرار، أو بعبارة أخرى إلى أي حد يكون المدين مسؤولاً عن تلك الأضرار؟ خاصة أن الأضرار الناتجة قد تتصل اتصالاً مباشرًا بواقعة خرق العقد أو تكون في أحيان أخرى نتيجة غير مباشرة وغير متصلة بها، وتوصف بأنها أضرار بعيدة الصلة بها بعدًا يختلف سعة وضيقًا باختلاف الأحوال، فالدائن لا يستطيع المطالبة إلا بتعويض الضرر المباشر[٢].

ويوصف الضرر بالمباشر متى كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، وقد أوضحت ذلك بصورة صريحة المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري التي نصت : ".... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"[٣].

وجاء في القانون المدني العراقي المادة ٢/١٦٩ : "ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد.... ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به".

والنص المتقدم لم يشير إلى معنى النتيجة الطبيعية كما فعل النص المصري والسوري والجزائري.

---

(١) انظر : الوافي في شرح القانون المدني سليمان مرقس ، ص ١٣٣.

(٢) انظر : الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الالتزامات صلاح الدين الناهي، ص٢٤٠.

(٣) وبالمعنى نفسه جاءت المواد ١٨٢ مدني جزائري ، و ٢٢٢ من القانون المدني السوري.

وأشير إلى أن عبارة النتيجة الطبيعية التي استعملها القانون العراقي والمصري أمعن في الدلالة من عبارة(النتيجة الحالة المباشرة) التي استعملتها بعض التقنينات كالقانون المدني الفرنسي فقد استعمل تلك العبارة في المادة ١١٥١ التي قضت بأن الأضرار التي تضمن هي تلك الأضرار التي تكون حالة ومباشرة كنتيجة لعدم تنفيذ العقد[(١)].

وإذا كان معنى الضرر المباشر ، بالنحو الذي رأيناه فالتعويض لا يكون إلا عنه في المسؤولية العقدية وكذلك في التقصيرية لأنه في الضرر غير المباشر تنتفي رابطة السببية ويتخلف ركن من أركان المسؤولية.

وبعض القوانين كالقانون اللبناني قد انفرد عن غيره من القوانين وأشار إلى ضرورة الاعتداد بالضرر غير المباشر كالضرر المباشر بشرط ثبوت صلته بعد تنفيذ الموجب حيث نصت المادة ٢٥١ : "أن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب".

ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوي إلى أن ما ورد في النص اللبناني والقوانين الأخرى كالقانون المصري (م/١/٢٢١) يصدران عن فكرة واحدة رغم ما يبدو من خلاف بينهما، مؤداها أن الأضرار التي يلتزم المدين بالتعويض عنها هي تلك الأضرار التي تعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه فالتقنين اللبناني أشار وفي الشطر الأخير من المادة ٢٦١ إلى : "بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب"[(٢)].

والتعويض عن الضرر المباشر يعد أيضًا من المبادئ المسلم بها في القانون الإنجليزي حيث أنه لا يقر المطالبة بالتعويض عن كل ما يقع من أضرار نتيجة للخطأ وإنما فقط يقر بتعويض الضرر الذي يحدث وفقًا للمجرى الطبيعي للأمور أما الأضرار التي توصف بأنها بعيدة الصلة فلا يعوض عنها.

---

(١) انظر : محاضرات في القانون العراقي، نظرية العقد ،حسن الذنون ، ١٩٥٦، س١٠٩، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٦٤.

باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ١٩٨٩، ص١٧.

(٢) انظر : النظرية العامة للالتزامات عبد المنعم البدراوي، ، ج٢، ص٦٦.

وإذا كان التعويض عن الضرر المباشر فقط فإن ذلك يكون مقتصرًا على الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية.

وإذا كانت مسؤولية المدين العقدية مقتصرة على الضرر المباشر المتوقع فإن ذلك مفيد بعدم صدور غش أو خطأ جسيم من المدين لأنه في حالة الغش أو الخطأ الجسيم يسأل عن كل الأضرار المباشرة متوقعة كانت أم غير متوقعة .

وقد اختلفت آراء الشراح بشأن سبب مسألة المدين في حالة الغش والخطأ الجسيم عن كل الأضرار المباشرة متوقعة أم غير متوقعة.

حيث ذهب السنهوري إلى أن العقد وليد الإرادة وهي التي تحدد مداه والقانون افترض أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين وهذا المقدار يمكن أن يفترض افتراضًا معقولاً أن المدين قد ارتضاه وهذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية ويجعلها مقتصرة على الضرر المتوقع ولما كان هذا الشرط باطلاً في حالة الغش والخطأ الجسيم فيصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزمًا بالتعويض عن كل الضرر المباشر متوقعًا أم غير متوقع[(١)].

بينما ذهب شراح آخرون إلى أن التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحده في حالة الخطأ اليسير في المسؤولية العقدية يستند إلى فكرة عدالة التعويض، فلو كان التعويض كاملاً في المسؤولية العقدية التي لا تنطوي على غش وخطأ جسيم يكون التعويض غير عادل[(٢)].

والاتجاه الأخير اتجاه سليم فبدأت بعض التشريعات الحديثة تتجه إليه إذا لم نقل أن بعض التشريعات قد تبنته فعلاً وهجرت مبدأ التعويض الكامل ومنها قانون الالتزامات السويسري وفي المادة ٢/٤٤. وإذا كان التعويض في المسؤولية العقدية في حالة الخطأ اليسير

---

(١) انظر : الوسيط في القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٢٨٥.

(٢) انظر : المحامي وتقدير التعويض بين الخطأ والضرر، إبراهيم الدسوقي ص٣١٢.

مقتصرًا على الضرر المباشر المتوقع فقط فإن المقصود بالتوقع ليس توقع سبب الضرر فقط وإنما توقع مقداره أيضًا. ومعيار التوقع هو معيار موضوعي لا شخصي هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارٍ لها : "المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي توقعه عادة وقت التعاقد وذلك عملاً بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدني، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات"(١).

٢ – أن يكون الضرر محققًا :

يشترط في الضرر حتى يمكن تعويضه أن يكون محققًا أما إذا كان محتملاً فلا يعوض لأنه ضرر افتراضي والأحكام على الافتراض، فلا يكون التعويض إذن إلا عما تحقق من ضرر(٢).

وقد أكد القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز في قرارات عديدة له وجوب أن يكون الضرر محققًا، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز : "الضرر المطالب به يجب أن يكون محققًا ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع"(٣).

وكذلك القضاء الأردني حيث صدر لمحكمة التمييز الأردنية قرار أمدت فيه ضرورة أن يكون الضرر محققًا جاء فيه : "ولا يتناول التعويض الضرر غير المباشر أو الاحتمالي لأن الضرر

---

(١) انظر : قرار محكمة النقض المصرية، رقم الطعن ٤٥ س ٣٦ ق في ١٩٧٠/٣/٣١، مشار إليه في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية حسن الفكهاني، عبد المنعم حسين ، ج٢٥١، ١٩٨٥، ص١٥٢.

(٢) انظر : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، سليمان مرقس، القسم الأول ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص١٢٧.

١ – (٣) انظر : قرار محكمة التمييز ١٤٦٤/ح/١٩٦٤، في ١٩٦٥/٢/٢٧، قضاء محكمة التمييز ، المجلد٣، ص ٥٥، وقرارات أخرى بالمعنى نفسه من كتاب : عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، محمد سعد خليفة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

الاحتمالي غير مضمون وبما أن الخبراء قدروا التعويض عن الضرر الاحتمالي أيضًا وقبلت محكمة الاستئناف تقريرهم فتكون قد خالفت القانون مخالفة تستدعي نقض حكمها"(١).

فالضرر الذي يعوض هو الضرر المحقق فقط وهو إما أن يكون ضررًا حالاً أو مستقبلاً فالضرر الحال هو ذلك الضرر الذي وقع فعلاً وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره(٢). أما الضرر المستقبل فهو الضرر الذي حدث سببه ولكن نتائجه كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع في المستقبل وقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية : "التعويض عن الضرر المستقبل جائز متى كان محققًا الوجود"(٣).

وهناك مسألة أخرى وعلى جانب كبير من الأهمية، اختلف الرأي بشأن التعويض عنها هل هي ضرر محقق أم احتمالي ونعني بذلك مسألة تفويت الفرصة.

فإذا ما عرضت أمام القاضي دعوى تعويض يطالب بها الدائن بتعويض عن فوات فرصة للكسب أو لتجنب خسارة حلت به بسبب إخلال المدين بتنفيذ التزامه فهل من الممكن أن يستجيب القاضي لطلبه ويحكم له بالتعويض؟

لاشك أن صعوبة المسألة تكمن بأن الحالة التي حصل الإخلال في نطاقها لا تحتمل الانتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيحصل أم لا فتحقق الضرر لا يتعلق بأحداث مستقبلية فالحالة نهائية ولا يوجد شيء يغيرها فبخطأ المدعى عليه توقف تطور مجموعة من الأفعال ممكن أن تكون مصدرًا للربح أو لتجنب خسارة.

فبالنسبة للتشريعات المدنية وخاصة العربية منها لم يرد فيها نص يشير إلى التعويض عن فوات الفرصة.

---

(١) انظر : قرار محكمة التمييز الأردنية ، الهيئة العامة، رقم ٨٧/٢٦١ في ١٩٨٨/١/٢١، مجلة المحامين الأردنية، عمان، ع٤، س٣٦، ص٧٨٠.

(٢) انظر : النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، عاطف النقيب، ط١، مطبعة عويدات، بيروت، باريس، ١٩٨٣، ص٢٧٣.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية ، رقم الطعن ١٢٧٠، س ٥٤، ق في ١٩٨٥/١٢/١٦.

أما عن موقف الفقه والقضاء فإن هذا الموضوع من ضمن الموضوعات التي اختلف الرأي بشأنها، وسنحاول فقط الإشارة إلى موقف القضاء الفرنسي والمصري والعراقي، فإن القضاء الفرنسي وبعد تردد طويل أخذ يقضي بالتعويض عن فوات الفرصة على اعتبار أن مجرد الفرصة يعد أمرًا محتملاً بينما تفويتها يعد ضررًا محققًا، فقد قضى بالتعويض لمرشح حرم من دخول الامتحان للحصول على وظيفة بسبب خطأ الطبيب الذي عالجه[1].

وقضت أيضًا محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن فوات الفرصة في الكثير من أحكامها، فقد أصدرت العديد من القرارات التي تضمنت تعويض عن فوات فرصة فوتها الطبيب على مريضه وكانت تلك الفرصة تتمثل بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة[2].

أما القضاء المصري فقد أتيحت له مناسبات كثيرة أصدر فيها أحكامًا تقضي بالتعويض عن فوات الفرصة فقد ورد في قرار محكمة النقض المصرية "امتناع الناشر عن طبع المؤلف المتعاقد على طبعة وحبس أصوله عن مؤلفيه عدة سنوات، تضييع لفرصة تسويقه خلال تلك المدة، ضرر محقق ورفض دعوى التعويض باعتبار أن الضرر احتمالي خطأ في القانون"[3].

أما القضاء العراقي فقد مر بمرحلتين : المرحلة الأولى : كان فيها يقضي بعدم التعويض عن فوات الفرصة لاعتبارها ضرر احتمالي، فقد أصدرت محكمة التمييز قرارًا نقضت فيه حكمًا لمحكمة الموضوع الذي قضت فيه بالتعويض عن فوات الفرصة باعتبارها ضرر محققًا[4].

المرحلة الثانية : قضت فيها محكمة التمييز عن فوات الفرصة باعتبارها ضررًا محققًا[5].

٣ – ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه :

---

(١) انظر : حكم بورود ١٦ كانون الثاني ١٩٥٠، دالوز ١٩٥٠، ص ١٢٢. وقائع الدعاوى التي صدرت بشأنها تلك الأحكام. حسن الذنون، المسؤولية الطبية .

(٢) أصدرت محكمة النقض الفرنسية العديد من القرارات منها ما صدر في ١٤ كانون الثاني ١٩٦٥، ٢٧ كانون الثاني ١٩٧٠، انظر : وقائع الدعاوى التي صدرت بشأنها تلك الأحكام. حسن الذنون، المسؤولية الطبية، ص٦٥.

(٣) انظر : قرار محكمة النقض المصرية، رقم الطعن ٨٧٣ س ٥٢ ق في ١٩٨٥/٣/١٤ .

(٤) انظر : قرار محكمة التمييز ١٤٦٤/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٥/٢/٢٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد ٣، ص ٥٥.

(٥) انظر : مجلة الأحكام العدلية، ع٢، ص٧-٩٧٥،مجلة القضاء نقابة المحامين العراقية، ع١، س٣٢، ١٩٧٧، ص٤.

لما كانت الغاية من رفع دعوى التعويض جبر الضرر الذي لحق الدائن من جراء إخلال المدين بتنفيذ التزامه، فإذا ما استطاع الدائن كسب دعواه وحكم له بالتعويض فإن هذا الأمر قد انتهى إلى هذا الحد ويجبر المدين على دفع ما حكم به عليه من تعويض، وبالتالي ليس باستطاعته الدائن أن يرفع دعوى تعويض جديدة عن الضرر نفسه فالحكم الصادر في الدعوى الأولى يكون قد حقق الغرض من رفعها وهو محور الضرر وإزالته، فالضرر الذي يتم تعويضه لا تسمع بشأنه دعوى جديدة وإذا ما رفعها الدائن ترد دعواه لأنه لا يجوز الجمع بين تعويضين عن الفعل الضار الواحد في ميدان المسؤولية المدنية.

فالذي يحصل أن الشخص الذي يدفع مبلغ التعويض ليس المدين وإنما شخص أو جهة أخرى كشركة التأمين، فتثار في هذه الحالة مشكلة الجمع بين التعويضات، فهل يحق للدائن أن يتقاضى تعويضات من المدين وتعويض آخر من شركة التأمين التي تتحقق مسؤوليتها بمقتضى عقد التأمين، إن مسألة الجمع بين التعويضات من المسائل المهمة التي لا تزال تحظى بالاهتمام والبحث ومما ساعد على ذلك تباين موقف التشريعات منها، فإذا كان الأمر في فرنسا يقوم على أساس الجمع من عدمه يتوقف على الجهة التي أصابها الضرر، فإذا أصاب الضرر المال فلا يجوز الجمع، أما إذا أصاب سلامة الأشخاص فيمكن الجمع بين التعويض عنها، وكل ذلك جاء به قانون الضمان الفرنسي الصادر عام ١٩٣٠[(١)].

٤ – أن يكون الضرر قد أصاب المتضرر شخصيًا :

إن هذا الشرط يعد من البدهيات المسلم بها، فهو من متطلبات توجه الخصومة التي يجب على القاضي التأكد من توافرها قبل الدخول في أساس الدعوى.

---

(١) انظر : النظرية العامة للموجبات جورج سيوفي، ،ج١، مصادر الموجبات، بيروت، ١٩٦٠، ص ٣٩٠-٣٩١.
أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد"، الكتاب الأول،"مصادر الالتزام"، لطبعة الثانية عام ١٩٥٤، مطبعة مصر، ص٤٦٢ .زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني، ص١٢.

ويشترط في طالب التعويض أن يكون الضرر قد أصابه شخصيًا، وذلك له أشد الارتباط بشرط المصلحة وترد دعواه إلا أنه يحق للمدعي المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بغيره إذا كان نائبًا له أو خلفًا كالوارث، بعد أن يثبت أنه وارث[1]. ويتحقق هذا الشرط سواء كان الدائن (المضرور) شخصًا طبيعيًا أو معنويًا كما يتحقق بالنسبة للضرر الذي يصيب أشخاص آخرين وهو ما يسمى بالضرر المرتد والذي يعتبر ضررًا شخصيًا لمن ارتد عليه[2].

فرب العمل الذي يتعاقد مع ناقل منتجاته إلى مكان ما لغرض تسويقها ثم يخل الناقل بتنفيذ التزامه (لم يقم بنقل البضاعة) وترتب على ذلك تلف المنتجات الأمر الذي أدى إلى أن يصبح رب العمل عاجزًا عن دفع أجور العمال الذين لديه وقد يؤدي ذلك إلى تعرضهم للبطالة فتلف المنتجات يعد ضررًا مباشرًا أصاب رب العمل شخصيًا ، أما تعرض العمال للبطالة فضرر مرتد ويعتبر شخصيًا للعمال ولا يُعد ضررًا غير مباشر فكون الضرر مباشر أم غير مباشر لا يتوقف على مركز الشخص المطالب بالتعويض وإنما على قيام رابطة السببية بين الضرر الذي لحق هذا الشخص وخطأ المسؤول[3].

٥ – أن يكون الضرر قد أصاب حقًا مكتسبًا أو مصلحة مشروعة للدائن :

يشترط في الضرر حتى يمكن تعويضه أن يكون قد أصاب حقًا مكتسبًا أو مصلحة مشروعة للدائن، فالرابطة العقدية لكي توصف بأنها رابطة قانونية يجب أن تكون في إطار القانون والنظام العام والآداب العامة وكل مخالفة لقواعد القانون أو النظام العام غير جائزة ويكون العقد باطل ولا يترتب عليه أثر، فلو تعاقد أحد الأشخاص مع آخر على أن يبيع له صورًا ومجلات مخالفة للآداب العامة فيكون العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل والسبب، ولو حصل إخلال بالعقد من جانب أحد المتعاقدين فلا يمتلك المتعاقد الآخر الحق في المطالبة بالتعويض عن أي ضرر لأن العقد باطل ولم تكن المصلحة مشروعة، وكذلك لو استأجر شخص دارًا معينة لاستخدامها لأغراض منافية للآداب العامة وحصل إخلال من جانب

(١) انظر : تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، سعدون العامري، ص ٤٠.

(٢) انظر : الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، مرجع سابق ص١٤٩.

(٣) انظر : سعدون العامري، مرجع سابق، ص٤٣.

المؤجر في تنفيذ التزامه فلا يستطيع المستأجر المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب لعدم وجود مصلحة مشروعة يحميها القانون، ونجد أن المصلحة رغم عدم حماية القانون لها فهي تكفي للمطالبة بالتعويض متى ما كانت مشروعة أي غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعيلهم شخص دون إلزام قانوني عليه في بقاء الشخص على قيد الحياة[١].

(١) انظر : سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص ١٣٣.

المطلب الثالث : الضرر في الفقه الإسلامي :

الضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، فوقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر في جانب الدائن، فإذا باع شخص آخر سيارة وتعهد البائع بأن يسلمها في ميعاد معين ثم تأخر في التسليم فإن هذا يعتبر خطأ عقديًا، ولكن لا تتحقق مسؤولية البائع إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشتري.

وقد عرف الشراح الضرر بأنه :

الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقًا بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك[(١)].

وعرف الفقهاء الضرر بأنه : إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.

وقال آخرون بأن المراد بالضرر : كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها ، أم عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك، أي كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر[(٢)].

ويشترط الفقهاء المسلمون في محل الضرر أن يكون :

١) مالاً ، فلا ضمان في إتلاف ميتة، أو قطرة ماء، أو كف تراب.

٢) متقومًا، وهو الذي له قيمة شرعًا، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم أو آلات لهو، لعدم ماليتها شرعًا في حقه.

٣) مملوكًا، فلا ضرر ولا تعويض، في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد كالكلأ في منابته، والماء في منابعه، والأسماك في البحار، والطير في الهواء.

---

(١) انظر : د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص١٢٧.

(٢) انظر : د. علي الخفيف، مرجع سابق، ص٤٦.

٤) محترمًا ، أي غير مهدر، فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين لانعدام فائدة التضمين، لانتفاء الولاية عليهم[١].

وبهذا نجد أن القانون يعوض عن كل الأضرار مادية كانت أم أدبية متقومة أم غير ذلك. أيضًا يوجب التعويض في الضرر المادي عن كل ما يحمله الدائن من خسارة وما يفوته من ربح. **أما الفقه الإسلامي** فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقومًا في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه.

هذا وتقوم بعض الأحكام المتعلقة بالمسؤولية وخاصة الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الإضرار التي تترتب على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز لتعارف الناس، مثل قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" و "الضرر يزال" و "المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا"[٢].

فالضرر يعتبر شرط أولي للقيام المسؤولية المدنية بل هو الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه ولا قيام لها بدونه ولذلك يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الخطأ والسببية، وتنشأ المسؤولية من وقت تحقق الضرر فعلاً أو من الوقت الذي يصير فيه الضرر محقق الوقوع، ويعتبر هذا الوقت هو الذي تبدأ منه مدة تقادم دعوى المسؤولية ولو كان الخطأ الذي سبب الضرر سابقًا على ذلك بمدة طويلة[٣].

ويقع عبء إثبات الضرر في المسؤولية العقدية على الدائن، لأنه هو الذي يدعي الضرر، ولكن يستثنى القانون من ذلك فوائد النقود التي تستحق عن التأخير سواء كانت اتفاقية أو قانونية، إذ يكون في هذه الحالة الضرر مفروضًا بحيث لا يطلب من الدائن إثباته ولا يجوز للمدين نفي وقوع الضرر لكي يتخلص من مسؤوليته العقدية وذلك لأنه لا يشترط لاستحقاق الفوائد أن يثبت الدائن ضررًا لحقه من هذا التأخير وقد نص القانون المدني المصري على ذلك

(١) انظر : المغني ، لابن قدامة ، د. فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص٨٩.

(٢) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٥.

(٣) انظر : د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص١٢٩.

بقوله : "ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضررًا لحقه من هذا التأخير[1].

كذلك الشرط الجزائي ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، فيكون الضرر مفروضًا لصالح الدائن إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع.

نص القانون المدني الكويتي على ذلك بقوله : "إذا لم يكن محل الالتزام مبلغًا من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدروا مقدمًا التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق"[2].

وبهذا يتضح أن الضرر يعتبر من أهم الأركان التي تقوم عليها المسؤولية العقدية وأنه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وقوع الخطأ فقط بل لابد أن يترتب على ذلك الخطأ ضرر يصيب الدائن.

وبعض الفقهاء قد استعملوا الضرر في مقابل النفع لأن النفع تحصيل المنفعة، فإن الضرر يكون بمعنى إزالة المنفعة.

وفي هذا قال بعض الفقهاء : "الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع"[3].

وجاء في المنتقى شرح الموطأ : "الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"[4].

قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم : "وقيل الضرر أن يدخل على غيره ضررًا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررًا بلا منفعة له به، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع"[5].

---

(١) انظر : القانون المصري ، المادة (٢٢٨).

(٢) انظر : القانون المدني الكويتي، المادة (٣٠٢).

(٣) انظر : أحكام القرآن، ابن عربي، ج١، ص٥٤، ٥٥.

(٤) انظر : المنتقى شرح الموطأ الباجي، ج٦، ص٤٠.

(٥) انظر : جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحنبلي، ص ٢٨٩، ٢٩٤. هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الدمشقي الحنبلي، وكنيته: أبو الفرج، ولد ببغداد سنة ٧٣٦ ، أشهر مؤلفاته : شرح علل الترمذي ، فتح الباري شرح صحيح

وفي الفتوحات الوهبية : "الضرر ما يضر به الإنسان غيره وينتفع هو به، والضرر هو منع ما ينفع الغير"[1].

البخاري ، جامع العلوم والحكم ، مات في رمضان وقيل في رجب، سنة ٧٩٥ في دمشق.

(١) انظر : الفتوحات الوهبية بشرح الأربعين حديثًا النووية، إبراهيم بن مرعي الشبرخيتي المالكي، ص ٢٥٤٢.

المبحث الثالث

العلاقة السببية ، وتحته ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : تعريف العلاقة السببية .
- المطلب الثاني : إثبات العلاقة السببية .
- المطلب الثالث : العلاقة السببية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : العلاقة السببية :

إذا تبين أن هناك خطأ وضرر كما بينا سابقاً فلا بد أن يكون خطأ المستشار القانوني هو سبب ضرر المضرور وبذلك تقوم مسؤولية المستشار القانوني ، ولا سبيل أمامه لدفعها إلا بقطع هذه العلاقة إما بإثبات القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور ، وسنبحر في معرفة ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف العلاقة السببية : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف علاقة السببية في اللغة :

- يطلق السبب في اللغة على عدة إطلاقات كلها ترجع إلى معنى واحد وهو : "ما يتوصل به إلى المقصود"[١]. فيطلق السبب على الطريق ومنه قوله تعالى : ﴿فَأَتْبَعَ سَبَبًا﴾[٢] أي طريقًا لكونه موصل إلى المكان المقصود[٣].
- ويطلق على الحبل ومنه قوله تعالى : ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لْيَقْطَعْ﴾[٤] أي بحبل[٥] لكونه يتوصل به إلى المقصود كنزع الماء من البئر.
- ويطلق السبب يراد به الناحية أو الباب ومنه قوله تعالى : ﴿لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾[٦] أي نواحيها ومراقيها وأبوابها[٧] والأبواب والمراقي توصل إلى المقصود.

---

(١) انظر : التعريفات، الجرجاني، (١/١٥٤).

(٢) الكهف:٨٥.

(٣) انظر : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، (٣/٩٦).

(٤) الحج:١٥.

(٥) انظر : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، (٣/١٩٩).

(٦) غافر:٣٦.

(٧) انظر : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، (٤/٧١).

- ويطلق أيضًا على القرابة والمودة ومنه قوله تعالى : ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ ٱلْأَسْبَابُ﴾[1] أي القرابة والمودة[2]، والقرابة والمودة موصلة إلى المقصود من النصرة والشفاعة.

فكل إطلاقات السبب ترجع إلى معنى واحد وهو ما يوصل إلى المقصود ويبلغ إلى المراد: "والسببية اشتقاق من السبب ويراد بها العلاقة بين السبب والمسبب"[3] .

الفرع الثاني : تعريف علاقة السببية في النظام :

علاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية إذ إنها الرابط الذي يربط الفعل والضرر فلا يكفي أن يكون هناك فعل وأن يكون هناك ضرر بل لابد من ربطهما بعلاقة السببية أي يكون الثاني ناتجًا عن الأول.

ويعرف شراح النظام العلاقة السببية بأنها : "وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور"[4].

ورابطة السببية ركن أساس لقيام المسؤولية لأن الخطأ والضرر يوجدان في أحيان كثيرة ولا تقوم المسؤولية لانعدام الرابطة بينهما، كمن يضع سمًا لآخر في طعام وقبل أن يموت بأثر السم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس، فوجد الخطأ وهو دس السم ووجد الضرر وهو موت المصاب لكن لا رابطة بينهما إذ الموت سببه إطلاق النار لا دس السم[5].

فإثبات علاقة السببية يتم على مراحل أولها نسبة الفعل إلى الفاعل ثم إثبات الضرر ثم نسبة الضرر إلى الفعل[6].

---

(١)البقرة:١٦٦.

(٢)انظر : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، (١/١٧٧).

(٣) انظر : المعجم الوسيط (١/٤١١). ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، (٣/٦٣)، ابن منظور، لسان العرب، (٣/٢٢٩) الجوهري، مختار الصحاح، (١/١١٩)، الكفوي، الكليات ، (١/٧٨٠)، المصباح المنير (١/١٣٨).

(٤) انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري، (٤/٧٣٢).

(٥)انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري، (٤/٧٣٣).

(٦) انظر : مسؤولية المباشرة المتسبب د. عماد أبو صد ، ص١٨٣.

كما تهم المضرور فإنها أيضًا تهم المسؤول، إذ بها يستطيع المضرور إثبات المسؤولية، وبها أيضًا يستطيع المسؤول أن يدفع بنفيها المسؤولية عنه[١].

الفرع الثالث : تعريف علاقة السببية في الفقه الإسلامي :

لم يعبر الفقهاء بهذا اللفظ عن ارتباط الضرر بالفعل وإنما عبروا عن رابطة السببية بلفظ الإفضاء، أي إفضاء الفعل إلى الضرر.

وللإفضاء معانٍ في اللغة منها الوصول إلى الشيء بسعة من الفضاء[٢].

ويطلق الفقهاء الإفضاء ويريدون به معاني : منها الملامسة والجماع[٣]، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للإفضاء عند الفقهاء في باب الضمان عن المعنى اللغوي[٤].

ويشترط للحكم بالضمان في الفقه الإسلامي أنه يفضي العدوان إلى الضرر أما إذا لم يفضي إلى الضرر فلا ضمان، ويكون إفضاء الفعل (العدوان) إلى الضرر بإحدى صورتين : إما بالمباشرة أو بالتسبب، ولا ضمان في الفقه الإسلامي بغيرهما[٥].

وتُعرف المباشرة بأنها : "إيجاد علة التلف"[٦] ويقصد به أن ينسب التلف إلى الفعل الذي أحدثه الفاعل في العرف والعادة كالقتل والإحراق[٧].

وقيل هي : "إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر"[٨].

---

(١)انظر : مسؤولية المباشرة المتسبب، د. عماد أبو صد ، ص١٨٦.

(٢) انظر : الكليات للكفوي ، ص١٥٤.

(٣)انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٩٦/٥).

(٤) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٣/٢٨).

(٥)انظر : نظرية الضمان الزحيلي ص٢٦.

(٦) انظر : الوجير مع شرحه فتح العزيز بهامش المجموع للنووي،الغزالي، (٣٩/١١).

(٧) انظر : نظرية الضمان الزحيلي ، ص٢٦.

(٨)انظر : درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مادة (٨٨٧) (٤٥٢/٢).

والمباشرة بهذه التعاريف هي السبب القريب للتلف الذي لا يتوسط بينه وبين النتيجة المتولدة عنه فعل آخر وإذا انفردت بإحداث الضرر كان على المباشر الضمان وحده[١].

وأما التسبب فمفهومه : "أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كحفر البئر فإن أثر الحفر هو العمق الذي اتصل بمن وقع فيه فمات ، والتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر"[٢]. وجاء في بدائع الصنائع حد التسبب بأنه : "الفعل في محل يفضي إلى تلف غير عادة"[٣].

وعرف التسبب أيضًا بأنه : "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب"، كمن قطع حبل قنديل معلق فسقط على الأرض وانكسر فيكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببًا"[٤].

(١) انظر : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج ، ص١٦٦.

(٢) انظر : بدائع الصنائع، للكاساني (١٦٥/٧).

(٣)انظر : كشف الأسرار على أصول البزدوي (١٢٦٩/٢).

(٤) انظر : درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مادة (٨٨٨) (٤٥٢/٢).

المطلب الثاني : إثبات العلاقة السببية :

تقضي القواعد العامة في الإثبات أن على المدعي عبئ إثبات رابطة السببية (نسبة الفعل إلى الضرر) ويكفي المدعي لإثبات علاقة السببية أن يقوم بإثبات الخطأ والضرر، وبعبارة أخرى فإن الأصل أن علاقة السببية قائمة بين الخطأ والضرر فلا يكلف المدعي بإثبات غيرها وإنما يكفيه لإثبات علاقة السببية إثباتهما[1].

وتتفق النظرية القانونية مع الشريعة في الاكتفاء بإثبات الخطأ والضرر لإثبات علاقة السببية في حال المباشرة فقط لأن علاقة السببية بينهما مفترضة لفرط الاتصال بينهما، أما في حال التسبب فلا تقر الشريعة الاكتفاء بهذا بل على المدعي أن يثبت الصلة بين الفعل والضرر لكون السببية مستقلة بينهما، وعلى ذلك يجب عليه أن يثبت ترتب النتيجة على الفعل بحسب مجرى المألوف والعادة وأجازوا له في ذلك الأخذ بالقرائن والأمارات ودلائل الأحوال[2].

ويكون على المدعى عليه إذا نفى وجود علاقة سببية بين فعله وبين الضرر إثبات ذلك ولا يستطيع ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه وهو إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثًا فجائيًا أو فعل المضرور أو فعل الغير[3].

فأما القوة القاهرة أو الحدث الفجائي (الآفة السماوية) : فهي كل ما لا يمكن توقعه أو دفعه، ويقع قضاءً وقدرًا ويتعذر معه تنفيذ الالتزام العقدي مثل الجائحة التي تصيب الثمرة والمطر الشديد والقحط والزلزال والحرب وانكسار الآلة. فإذا كان ذلك غير متوقع عند إبرام العقد، وأدى ذلك إلى عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، فلا مسؤولية على المتعاقد ، وعندئذ قد يوقف القاضي الالتزام حتى يزول أثر القوة القاهرة، وقد ينقضي الالتزام بالعقد نهائيًا لاستحالة تنفيذه.

---

(١) انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، (٤/٤٧٤)، د. أمجد منصور ،النظرية العامة للالتزامات، ص١٨٢.

(٢) انظر : نظرية الضمان الزحيلي، ، ص٢٧٠، الإعفاء من المسؤولية المدنية، د. إسماعيل المحاقري ، ص٩٥.

(٣) انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري، (٤/٤٧٤)، النظرية العامة للالتزامات، د. أمجد منصور ،ص١٨٢.

وأما خطأ المضرور فإذا كان عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر فيه يرجع إلى خطأ المتعاقد المضرور، هنا لا توجد مسؤولية على المتعاقد الآخر ويتحمل المضرور الضرر الذي تسبب فيه بخطئه، فلو تعاقد شخص مع سائق سيارة على توصيله إلى مكان ما، وعند وصول السيارة وقبل وقوفها أسرع الراكب بفتح الباب ونزل منها وهي ما زالت تتحرك، فأصيب فلا مسؤولية على السائق، لأن المضرور وهو الراكب قد أخطأ وخطؤه تسبب في الضرر الذي لحق به.

أما إذا ساهم خطأ المضرور مع خطأ الطرف الآخر في إحداث الضرر، فإن الأمر لا يخلو من ثلاثة صور :

الأولى : أن يقع الضرر نتيجة خطأ المتعاقد الآخر فقط ولم يساهم خطأ المضرور في شيء عندئذ تتوفر المسؤولية ويسأل المتعاقد الآخر.

الثانية : أن يستغرق خطأ المتعاقد خطأ المضرور عندئذ أيضًا تتوفر المسؤولية.

الثالثة : أن يشترك خطأ المضرور مع خطأ المتعاقد الآخر في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحدهما الآخر عندئذ تتوزع المسؤولية على أساس جسامة الخطأ لكل من الطرفين.

وأما خطأ الغير فالمقصود به غير المتعاقدين، والأصل أن الغير لا يسأل مسؤولية عقدية ولكن يسأل مسؤولية تقصيرية، فإذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ الغير فلا مسؤولية على المتعاقد الآخر، لكن خطأ هذا المتعاقد قد يستغرق خطأ الغير فهنا يكون المتعاقد مسؤولاً، وقد يشترك أحد المتعاقدين بخطئه مع خطأ الغير في إحداث الضرر، عندئذ تتوزع المسؤولية عنها[1].

وفي الفقه، السبب الأجنبي ينفي المسؤولية (الضمان) عن يد الأمانة لا عن يد الضمان، بمعنى أن السبب الأجنبي يمنع قيام المسؤولية إذا كانت يد المدين يد ضمان، ويد الأمانة هي يد من يحوز الشيء لمصلحة غيره كالمودع لديه والمستعير والمستأجر والوكيل.

ويد الضمان هي يد الحائز لملكه كالبيع، والحائز لملك غيره لمصلحة نفسه كالغاصب.

وقد تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان كما لو حبس الحائز الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه، كيد البائع قبل تسليم المبيع وكضمان الاستحقاق أو العيب فلا ينتفي

[1] المسؤولية المدنية ، مصطفى مرعي ص٥٥ ، طبعة مكتبة الاسكندرية .

بالسبب الأجنبي ويبقى بالقيمة في القيميات، أما إذا استحال تنفيذ الالتزام على المتعاقد فإن العقد ينفسخ بحكم الشرع، وهو ما يقضي إعادة أطراف العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ولا يبقى هناك أي محل للضمان.

المطلب الثالث : العلاقة السببية في الفقه الإسلامي :

يشترط للحكم بالضمان في الفقه الإسلامي إفضاء العدوان إلى الضرر أما إذا لم يفضي إلى الضرر فلا ضمان، ويكون إفضاء الفعل (العدوان) إلى الضرر بإحدى صورتين : إما بالمباشرة أو بالتسبب، ولا ضمان في الفقه الإسلامي بغيرهما(1)، وسبق تعريف المباشرة والتسبب في المطلب الأول من هذا الفصل .

وقد قسم البزدوي الضمان إلى نوعين:

الأول: ضمان العقد: وهو تعويض مفسدة مقترنة بعقد. وهو ما يقابل المسئولية العقدية .

الثاني: ضمان العدوان – ضمان الإتلاف أو ضمان اليد: وهو تعويض مفسدة لم تقترن بعقد. وهو ما يقابل المسئولية التقصيرية .

وكلامنا سينصب على مايخص بحثنا وهو ضمان العقد حيث أنه تلك المسئولية الناشئة عن الإخلال بالعقد والامتناع عن الوفاء به، دون عذر يبرر هذا الامتناع.

وبذلك فإن ضمان العقد هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه، مما يعد من التعدي بالتسبب الموجب للضمان فى المذاهب الفقهية جميعها .

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما روي عن أحمد بن حنبل: فى رجل أستأجر أجيراً على أن يحتطب له كل يوم، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة. فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر بانشغاله عن عمله. لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه أكنزه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن فى حال عمله، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه. ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر له فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن

(1)انظر : نظرية الضمان ، الزحيلي، ص٢٦.

منافعه فى هذه المدة مملوكة لغيره، فما حصل فى مقابلتها يكون للذي استأجره(١). والحاصل أن المستأجر استحق التعويض من الأجير إذا انشغل عن العمل الذي استؤجر لأدائه، سواء بالعمل لغيره أو بالاشتغال بالنوافل كقراءة القرآن. وفى ذلك أفتى أحمد بوجوب التعويض.

وأما حكم ضمان العقد فقد ذهب عدد من العلماء (٢) إلى أن الامتناع عن الوفاء بالعقد لا يوجب التعويض(٣)، ويرى الشيخ سيد عبد الله علي حسين أن التعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات كلاً أو بعضاً، أو تأخير التنفيذ غير جائز شرعاً، ولا يتأتى الوصول إليه، لأنه ما دام المتعهد فى التعاقد يعلم جيداً أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ولن يتوانى فى التنفيذ. ويرد هذا الرأي أن الإجبار على التنفيذ لا يكفى وحده لرفع الضرر. وهو بهذا يحصر التعويض فى الواجب بإتلاف مال الغير عمداً أو خطأ، والحكم به(٤).

ويوضح الشيخ علي الخفيف وجهة نظره هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالاً أو عملاً، فإنه إن كان مالاً وسعى الطرف المتضرر بالامتناع إلى القاضي لإجبار الطرف الآخر على الوفاء بحقه، فإذا أمتنع أجبره القاضي على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة فى التنفيذ على المدين للوفاء بدينه. وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة، وليس عليه تعويضُ جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن.

أما إذا كان المضمون – عملاً كما فى التزام الأجير القيام بفعل معين وكما فى الالتزام بتسليم العين– فإن الضامن يجبر على العمل الملتزم به ويُحمل عليه بما يراه الحاكم من تعزيز جزاء ظلمه. وليس عليه أيضاً تعويض بسبب ما ترتب على تأخير الوفاء من ضرر. ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون فى ضرر مالي أصاب المضرور بتلف بعض ماله أو نقص قيمته. أما الضرر الذي لا يتمثل فى فقد مال كان قائماً فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً. غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن القيام بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن

---

(١) المغني لابن قدامة، ط دار الكتب العربية – بيروت ١٩٨٣، ٥/٤٦٥.

(٢) من بينهم الشيخ سيد عبد الله علي حسين، والشيخ علي الخفيف، والدكتور فتحي الدريني، والدكتور عبد الرازق السنهوري.

(٣) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس، سيد عبد الله علي حسين، ط١ ١٩٤٩، ٢/٣٠٠.

(٤) المقارنات التشريعية، مرجع سابق، ٢/ ٣٠٠.

استأجره وكان عمل الأجير وقاية له فإنه يلتزم بالتعويض. وإن لم يكن ذلك من قبيل ضمان العقد بل من ضمان الإتلاف عند الفقهاء(١).

ويقول الدكتور فتحي الدريني: "أما تأخير تنفيذ الالتزام فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملاً كالأجير المشترك أو الخاص أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي فى الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعاً، إنما يعني قيام مال بدل مال أتلف، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه؛ لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل. وعلى هذا فالمسئولية العقدية فى القانون لا تعني ضمان العقد فى الفقه الإسلامي"(٢).

أما السنهوري يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية فى الفقه الإسلامي للمسئولية العقدية على النحو السائد فى الغرب (٣)، بناء على أن مفهوم الضرر فى الفقه الإسلامي محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربي.

ويتضح من ذلك أن تحليلات هؤلاء الباحثين للضرر فى الفقه الإسلامي هي التي قادتهم إلى هذا التصور غير الدقيق للمسئولية العقدية أو ضمان العقد فى الفقه الإسلامي. ويرد على هذه التحليلات بما يلي:

– توجب الشريعة دفع الضرر مطلقاً، بدليل العموم الوارد فى قوله ﷺ **"لا ضرر ولا ضرار"**(٤).

– لا يختص الضرر الواجب الرفع بالضرر الوارد على أعيان الأموال فى الشريعة، فالأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج والأعضاء والبدن الإنساني مما أوجب الشارع رفعه كذلك بالديات والأروش المقدرة وغير المقدرة. ولا يقتصر التعويض بالنسبة للأموال على أعيانها إلا عند الأحناف. أما الجمهور فقد أوجب ضمان المنافع كذلك.

١) الضمان فى الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، نشر معهد البحوث والدراسات العربية ١/١٧، ١٨.

(٢) النظريات الفقهية للدكتور فتحي الدريني ص٢٢٦.

(٣) مصادر الحق، فى الفقه الإسلامي، د. عبد الرازق السنهوري، نشر معهد الدراسات العربية ٦/ ١٣٨.

(٤) 11658 سنن البيهقي الكبرى ٦/١٥٧.

- أوجب الشارع الوفاء بالعقود بقوله تعالى: {**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**}(١)، مما يقتضي اعتبار الامتناع عن تنفيذ العقد والوفاء به من قبيل التعدي الموجب لضمان الضرر الناشئ عنه.

- الاعتداد بالتنفيذ الجبري وحده لا يكفى لرفع الضرر فى الظروف المختلفة، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقي حتى يبس وجف فإن إجباره على السقي أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد فى رفع الضرر، ويتعين التعويض فى هذا المثال لإزالة الضرر طبقاً لما نص عليه الفقهاء(٢).

ويتأكد اعتبار الفقهاء لضمان العقد إلحاقهم لخطأ الطبيب - فى بعض الجزئيات- بهذا النوع من الضمان.

ومما له دلالة فى إثبات قيام هذا النوع من الضمان مستقلاً عن غيره فى التفكير الفقهي قاعدة إيجاب الغرور للضمان فى المعارضات. ونص هذه القاعدة: "لو غر واحد آخر ضمن عقد المعارضة يضمن ضرره. مثلاً لو اشتري عرصة وبني عليها ثم استحقت وضبطت، أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم"(٣). وبهذا يوجب التنفيذ المعيب للعقد ضمان الضرر الذي تسبب فيه. وقد اشترطوا قيام عقد من عقود المعاوضات لتضمين الغار ما لحق المغرور من الضرر. وليس هذا الشرط شرطاً حاصراً، إذا يلتحق بعقود المعاوضات فى إيجاب الغرور لضمان تلك العقود الأخرى التي يعود نفعها إلى الغار نفسه. من ذلك أن المودع إذا غرّ المودع فضمن شيئاً رجع به على المودع وتوضيح ذلك بمثال أنه لو أودع شخص ما لا عند آخر وسلمه إليه فهلك فى يد الوديع بغير تعديه لم يضمن للمودع شيئاً، ولكن هذا المال إذا ظهر مستحقاً للغير وضمنه الوديع للمستحق، بحكم كونه فى يده عند هلاكه فإنه يرجع على المودع بما ضمن، لأنه غره فى عقد يعود نفعه إليه(٤). كما أن التنفيذ المعيب للعقد يوجب ضمان الضرر بشروطه، مثله فى ذلك مثل الامتناع عن تنفيذ العقد.

---

١) المائدة من الآية١.

٢) مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، ١٣٠٤هـ، مادة ٦١٢.

(٣) المادة ٦٥٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) شرح المجلة لسليم رستم باز، ط٣، تركيا ١٣٠٥هـ، ص٣٦٣.

بالإضافة إلي ذلك كله فإن القوانين العربية الحديثة المتجهة إلى الشريعة والفقه قد اختارت مصطلح "ضمان العقد" –الفقهي– للإشارة إلى مسئولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بامتناعهم عن تنفيذ تعهداتهم أو تنفيذها تنفيذاً معيباً. وهذا هو ما جري عليه القانون العراقي الصادر عام ١٩٥١. وقد عم التعويض عن الخطأ العقدي البلاد الإسلامية حتى أصبح عرفاً مستقراً فيها، تقبله العقول ولا تجد فيه مخالفة لنص شرعي، ولذا جاز اعتباره والعمل به(١).

وأهم ما يفيده هذا النقاش أن الفقه الإسلامي قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلاً من مفهوم المسئولية العقدية فى التفكير القانوني. ولعل سبب إنكار البعض له بهذا المفهوم راجع إلى الرغبة فى افتعال المخالفة بين الفقه والقانون، إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار. ولا شك أن الفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدراً للالتزام وأنهم تناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر. ولا يسوغ لذلك إنكار جهودهم فى هذا الشأن. ولا تتقيد الأضرار المضمونة بالعقد إلا بالتزامها بالعقد – كما جاء فى تعبير الكاساني[٢]– وبأن تكون أضراراً مادية. أما الأضرار الأدبية التي يندر تعويضها فى المسئولية العقدية قانوناً لتعذر تقديرها وحسابها فيجوز التعزيز عليها بشيء من الغرامات المالية شفاء لنفس المضرور وزجراً للناس عن التسبب فيها. وهو ما لا تأباه قواعد الشريعة فى جواز التعزيز بالغرامات المالية.

---

(١) انظر قواعد إعمال العرف فى مجلة الأحكام العدلية مواد: ٣٧، ٣٩، ٤١، ٤٢ ،٤٥، وانظر رسائل ابن نجيم ١١٤/٢-١٤٦.

[٢] انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق .

الفصل الثاني :

آثار المسؤولية العقدية ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول :

تقدير التعويض ، وتحته مطلبان :

- المطلب الأول : ماهية الضرر الموجب للتعويض.
- المطلب الثاني : تقدير التعويض في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني

آثار المسؤولية العقدية ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول

تقدير التعويض

تمهيد :

يقصد بالتعويض تغطية وجبر الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، والشائع التعبير عنه في الفقه الإسلامي بالضمان، لذلك سنتناول مقدار التعويض عن الضرر في كل من النظام والفقه الإسلامي ،وذلك في مطلبين هما :

المطلب الأول : ماهية الضرر الموجب للتعويض :

اتفق شراح النظام أن الضرر غير المباشر لا يعوض عنه، أصلاً لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية.

فالضرر الذي يعوض عنه لابد أن يكون مباشرًا متوقعًا كان أم غير متوقع في المسؤولية التقصيرية بخلاف المسؤولية العقدية فإنه لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسم.

نص القانون المدني الكويتي على أنه : "إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًا أو خطأ جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[١].

مثل ذلك أن يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر، فينتقل إلى نزل مساوٍ للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة. وتتلف بعض المفروشات في أثناء النقل، ثم يكون في المنزل الجديد "ميكروب" مرض معد ينقل

(١) انظر : القانون المدني الكويتي ، م ٣٠٠/٢.

إليه هذا المرض فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين، هو الضرر المباشر المتوقع وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع.

وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر، والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عن عمد أو خطأ جسيم فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، كما في المسؤولية التقصيرية(١).

والعلة في قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع يرجع إلى كون أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من ضرر.

لذا فإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه ومقداره مقدماً وذلك أن الإرادة تحدد مقدار الضرر مقدماً من خلال العقد وبنوده المتفق عليها حيث يحدد كل متعاقد مايمكن أن يحصل عليه ابتداء من العقد فإذا لم يحصل كان هذا ضرراً .

ويجدر بنا معرفة المعيار أو الإطار الذي يحدد الضرر المتوقع؟

فالضرر المتوقع هو : الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، فالمعيار هنا معيار موضوعي لا معيار ذاتي، ولابد من توقع الضرر في سببه ومقداره فلو أن المدين لم يتوقع الضرر وقت إبرام العقد بأنه لا يكون مسؤولاً عنه أبدًا، فإنه إذا أهمل المدين في الإحاطة بالظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر فإنه في هذه الحالة يكون الضرر متوقعًا لأن الشخص المعتاد لا يهمل الإحاطة بهذه الظروف.

فالمعيار في تحديد الضرر المتوقع هو الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين.

موقف القانون العراقي والكويتي من تقويم المنافع :

أما بالنسبة لفكرة تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها فقد أخذت بعض التقنينات المدنية العربية بذلك كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الكويتي بل ذهب القانون المدني

(١) انظر : مصادر الحق، د. عبد الرازق السنهوري، ج٦، ص١٢٤.

العراقي إلى أبعد من ذلك حيث أوجب التعويض عن كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، متى كان ذلك نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه أي متى كان نتيجة مباشرة لوقوع الخطأ[1].

فقد جاءت نصوص مواد القانون المدني العراقي بما يلي :

١) إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو بنص في القانون، فالمحكمة هي التي تقدره.

٢) ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد ، سواء كان التزامًا بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزامًا بعمل أو بامتناع عن عمل. ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به.

٣) فإذا كان المدين لم يرتكب غشًا أو خطأ جسيمًا فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعًا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت[1].

وبهذا يتضح أن القانون يأخذ مبدأ التعويض عن المنافع وعن المال غير المتقوم بل يوجب التعويض عن الخسارة التي يتحملها المدين أو الربح الذي فاته كما رأينا في القانونين المدني العراقي والكويتي.

---

(١) انظر : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية ، حسن حنتوش ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩م .

(٢) انظر : المادة (١٤٩) في القانون المدني العراقي. والمادة (٣٠٠) في القانون المدني الكويتي.

المطلب الثاني : تقدير التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي :

تقوم فكرة التعويض في الفقه الإسلامي على مبدأ إزالة الضرر المادي الذي لحق بالمتضرر. ويعبر عنها بالضمان وقد عبر آخرون عنها بالتعويض كما فعل ابن عابدين [(1)] .

والضمان لا يكون إلا في الاعتداءات الواقعة على المال لأنه يتحقق بالتعويض الذي يتأتى فيه جبر الضرر وترميم آثاره ورد مالية المعتدى عليه كما كانت قبل الاعتداء تمامًا، ولا خير في الإتلاف المماثل لأنه تكرار الضرر، ومضاعفة المفسدة وتوسيع رقاع الشر.

ولهذا نص الحنفية على أنه ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر بما أنه ظلم وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفًا من أحد صلاحية صرفها لآخر. ومخالفة ذلك من رواسب الجاهلية التي عفى عليها الإسلام بنعمة الله وفضله[(1)].

ويشترط أن يكون مضمون الضرر الذي يعوض عنه في الفقه الإسلامي مالا متقومًا في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه. فالعين المأجورة قيمية أو مثلية وهي مال متقوم في ذاته تكون محلاً للضمان فإذا تلفت أو ضاعت في يد المستأجر وكان ذلك بتعديه أو تعمده وجب عليه الضمان.

ومن القيود الواردة على فكرة الضرر في الفقه الإسلامي مبدأين أولهما : الخراج بالضمان أي من يضمن شيئًا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان. والمبدأ الثاني : أن الأجرة والضمان لا يجتمعان.

فالأصل أن المنافع –كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير – من قبيل الأعراض، فهي ليست مالاً متقومًا في ذاته حتى يجب فيه الضمان ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة لا بحكم الضمان ، بل بحكم العقد الذي قومها، ومن ثم لا تكون المنفعة مضمونة بالغصب إذ لا عقد يقومها[(2)].

---

(1) الفقيه الحنفي محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد ابن الإمام زين العابدين بن الحسين بن علي ، وعرف بابن عابدين، ولد بدمشق سنة١١٩٨هـ ، من مؤلفاته: رفع الاشتباه والحاشية المشهورة ، توفي سنة ١٢٥٢هـ .

(١) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام د. محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص١٥٩.

(٢) انظر : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، د. محمد إبراهيم دسوقي، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص٧٢.

فالتعويض المقرر في الفقه الإسلامي يقوم على فكرة موضوعية غايتها تعويض المال بعوض مساوٍ له لا أكثر ولا أقل لأن التعويض في الفقه الإسلامي يقوم على أساس إزالة الضرر برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

وبهذا التأسيس الموضوعي لفكرة المسؤولية أخذ الفقه الإسلامي في مجال مقدار التعويض عن الضرر حيث نراه يتقيد بكل دقة بالمبدأ الثابت "لا ضرر ولا ضرار" فيرفع الضرر عن المضرور بطريقة أشبه ما تكون موضوعية ويحدد مسؤولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعي مجرد.

الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي :

وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في عرضه أو شرفه، أو عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته.

وقد احتدم الخلاف بين الفقهاء وشراح القوانين حول قابلية الضرر الأدبي للتعويض ، فذهب جانب من الفقه إلى عدم قابلية التعويض بحجة أن هذا الضرر لايمكن تقويمه بالمال ، وذهب آخرون إلى قابليته للتعويض وأن تقويمه بالمال ممكن [(١)].

وقد استقرت القوانين والأنظمة الحديثة على جواز التعويض عن الضرر الأدبي .

جاء في المادة (٢٢٢) من القانون المصري : " يشمل التعويض عن الضرر الأدبي أيضاً "[(٢)] ، ثم ذكرت المادة شروط التعويض :

١) أن يطالب به أمام القضاء ، فإن لم يطالب به أمام القضاء ثم توفي زال حقه بالموت لأن في ذلك قرينة على عدم رغبته في إقامة الدعوى .

٢) لاينتقل الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة إلا إذا كان هناك اتفاق بين المسؤول والمضرور .

[(١)] انظر : الوجيز في شرح القانون المدني ، د. ياسين الجبوري ، ٥٦٤ .

[(٢)] مادة (٢٢٢) القانون المدني المصري .

وقد نص نظام العمل والعمال في المملكة العربية السعودية على مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي كما جاء في المادة (٧٧) "إذا أنهي العقد لسبب غير مشروع كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا الإنهاء الحق في تعويض تقدره هيئة تسوية الخلافات العمالية ، يراعى فيه مالحقه من أضرار مادية وأدبية حالة واحتمالية وظروف الإنهاء"[١] .

وكذا نصت المادة (٢١٧) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي حيث جاء فيها : "ولكل من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيدا ، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة الحق في طلب التعويض [٢]"

أما عن التعويض عن الضرر المعنوي الأدبي في الفقه الإسلامي فمحل خلاف نعرض له بشئ من التفصيل فيما يلي :

أولاً : تحرير محل النزاع :

لايخلو الضرر الأدبي إما أن يكون ضرراً أدبياً محضاً ، أو غير محض كأن يترتب على الضرر الأدبي ضرر مادي فالضرر الأدبي غير المحض يقبل التعويض كأي ضرر مادي ، ومحل النزاع في الضرر الأدبي المحض الذي لايترتب عليه ضرر مادي .

ثانياً : خلاف الفقهاء فيه :

لم يتناول الفقهاء المتقدمون التعويض عن الضرر الأدبي فهو تعبير حادث وقد اختلف فيه الفقهاء المعاصرون على قولين :

القول الأول / عدم جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي ، وهو ماذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي[٣] .

---

[١] نظام العمل والعمال لسعودي الجديد الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ .

[٢] نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ .

[٣] القرارات الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي في الدورة ١٢ قرار رقم ١٠٩ بتاريخ ١٤٢٢هـ ، وانظر : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ، ٤٥، الفعل الضار والضمان فيه للزرقاء ، ١٢٣ ، ومابعدها .

القول الثاني / جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي ، وبه قال بعض العلماء [١].

أدلة الأقوال ومناقشها :

أدلة القول الأول : استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها :

١- قوله تعالى :" يأيها الذين آمنوا لا تأملوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [٢]" وجه الدلالة : أن التعويض بالمال يكون جبراً لتلف مال مكافئ له أو قريب ولا مقابل للمال في الضرر الأدبي فيكون من أكل أموال الناس بالباطل ، وقد وضعت الشريعة فيه مايناسبه من غير المال وهو الحد أو التعزير[٣] .

٢- أن الضرر المعنوي لاخسارة مالية فيه ولاينضبط بضابط وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص ، وليس فيه جبر للمتضرر فهو يجحف بالفقير ولايردع الغني ولايجبر الضرر ، وجبر الضرر هو المقصود من التعويض [٤].

٣- أن التعويض عن الضرر الأدبي من باب أخذ المال على العرض وهذا لايصح ، فقد نص الفقهاء رحمهم الله على عدم جواز المصالحة على القذف بمال [٥].

٤- أن نصوص الشريعة عالجت الأضرار الأدبية بالحد أو التعزير ولم يرد فيها التعويض بالمال[٦] .

أدلة القول الثاني : استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها :

---

[١] منهم د. فوزي فيض الله في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي العام ، وكتابه المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ومال إليه د. وهبه الزحيلي في كتابه نظرية الضمان .

[٢] سورة النساء آية ٢٩ .

[٣] انظر : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ، ٤٥-٤٦ .

[٤] انظر : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ، ٤٥ ، والتعويض عن الضرر لمحمد أبو ساق ، ٣٥ .

[٥] بدائع الصنائع للكاساني ٤٨/٦ .

[٦] انظر : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ، ٤٥ .

١- عموم الأدلة التي جاءت برفع الضرر أو دفعه كحديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لاضرر ولا ضرار" وهذه النصوص عامة فيدخل فيها الضرر الأدبي ويكون حكم التعويض شاملاً دون تفريق [١].

وأجيب عنه : بأن النصوص المذكورة غاية ما فيها تحريم الضرر والاضرار والأمر برفعه أو دفعه ولم تتعرض للتعويض عن الضرر الأدبي فلا دلالة فيها على محل النزاع[٢].

٢- أن الشريعة شرعت الحد بجريمة القذف وهو ضرر أدبي فلا يمنع أن يزال الضرر الذي هو أدنى منه من الأضرار الأدبية بالتعويض المالي إزالة للضرر بقدر الإمكان [٣].

وأجيب عنه : بأن الشرع عالج الضرر الأدبي في جريمة القذف بالحد ولم يعالجه بالتعويض المالي وهذا دليل عليكم لا لكم[٤] .

٣- ماجاء في حديث خطبة الوداع وفيه : "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام"[٥] حيث عطف تحريم العرض على النفس والمال وهما مما يعوض عنهما بالمال فيجوز أخذ العوض المالي عن الضرر الأدبي المشار إليه في الحديث بالعرض [٦].

---

[١] انظر : الفعل الضار والضمان فيه ، الزرقاء ، ١٢٥ – ونظرية الضمان للزحيلي ،٢٤ .

[٢] انظر : الفعل الضار والضمان فيه ، الزرقاء ، ١٢٣ .

[٣] انظر : المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، د محمد فوزي فيض الله ، ١٤٢ وما بعدها .

[٤] انظر : الفعل الضار والضمان فيه ، الزرقاء ، ١٢٣ .

[٥] أخرجه البخاري ٦٧ ، ١،٣٧ .

[٦] انظر : المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، د محمد فوزي فيض الله ، ١٤٣وما بعدها .

وأجيب عنه : أن غاية مافي الحديث تحريم العرض والمال والنفس وليس فيه إثبات التعويض المالي عن العرض كما يوجد في النفس والمال ، فاقتران الصلاة والزكاة مثلاً في الوجوب لايعني اقترانهما في سائر الأحكام [١].

٤- قالوا : نتفق وإياكم على أن الضرر الأدبي يعاقب عليه بالحد فيما فيه حد كالقذف ، والتعزير فيما ليس فيه حد ، وقد ثبت بالسنة التعزير بالمال وللحاكم أن يلجأ في طرق التعزير مايرى أنه أقمع للفساد فلما لايكون التعزير بالمال كتعويض عن الضرر الأدبي خاصة وأن التعزير بالمال في هذا الزمان أمضى في العقاب[٢] .

وأجيب عنه : بأن التعزير في الضرر الأدبي من باب العقوبات وليس من باب التعويض المالي عن الضرر ولو سلم بالتعزير المالي على من أضر بغيره أدبياً لوجب أن يذهب إلى بيت المال لا إلى المتضرر وهذا مما يتفق القولان على رده[٣] .

وبهذه الأدلة والمناقشات يترجح القول الأول القاضي بعدم جواز التعويض المالي على الضرر الأدبي المحض لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراض وضعف أدلة القول الثاني وضعف استدلالهم .

---

[١] انظر : الفعل الضار والضمان فيه ، الزرقاء ، ١٢٣ .

[٢] انظر : الفعل الضار والضمان فيه ، الزرقاء ، ١٢٣ ،وضمان العدوان في الفقه الإسلامي لمحمد أحمد سراج ، ٣٩٦

[٣] انظر : التعويض عن الضرر في الفقه الإسلمي لمحمد أبو ساق ، ٣٧،٣٨ الفعل الضار والضمان فيه للزرقاء ،١٢٥ .

المبحث الثاني

الحكم بالتعويض ، وتحته ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : دور القاضي في الحكم بالتعويض .
- المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية .
- المطلب الثالث : التعويض في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني

الحكم بالتعويض

وتحته ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : دور القاضي في الحكم بالتعويض :

توجد أمام القاضي وقبل أن يصدر حكمه بالتعويض عدة طرق واختيار أحدها دون الأخرى يكون له أثرًا بالغًا في تحقيق الغاية منه، وإذا كانت الطريقة المثالية لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه كلما كان ذلك ممكنًا بحيث يعود الدائن (المتضرر) إلى الحالة نفسها التي كان عليها قبل وقوع الضرر وهذا التعويض العيني، إلا أنه في حال الضرر غير المالي، الضرر المعنوي، يكون التعويض العيني غير ممكن وغير ملائم إن لم نقل أنه مستحيل، لذا فلا سبيل أمام القاضي سوى اللجوء إلى طريقة التعويض بمقابل، وهو إما أن يكون تعويضًا نقديًا أو غير نقدي، وسوف نعرض لذلك عبر فرعين :

الفرع الأول : التعويض العيني :

يكون التعويض عينيًا متى ما تضمن الحكم إعادة الحال إلى ما سيكون عليه لو لم يحصل الإخلال من جانب المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وبلا أدنى شك أن هذا الطريق من طرق التعويض يعد أفضل من غيره فيؤدي إلى إصلاح الضرر بصورة كاملة ، لذا يكون أكثر انسجامًا مع ما يهدف إليه التعويض.

ولعلنا قبل بيان التعويض العيني نبين الفرق بينه وبين التنفيذ العيني حيث ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية : "أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيًا ولا يصار إلى عوضه أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني"(١).

(١) انظر : قرار محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، رقم الطعن ٣٦٤ س٤٦ ق في ١٩٧٩/٦/٢٠، مجلة إدارة قضايا الحكومة ع١، س٢٤، ٩٨٠-٢٣٨.

وإذا كان جانب من الفقه وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري لم يميز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني[1]، فقد عاد وميز بينهما[2]، فيرى أن التنفيذ العيني يقع قبل وقوع الإخلال بالالتزام أما التعويض العيني فإنه يقع بعد الإخلال بالالتزام.

ويرى الأستاذ عبد المجيد الحكيم من الأفضل تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري تميزًا له عن امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه فهو تنفيذ عيني اختياري، ويضرب الأستاذ الحكيم المثل التالي : - إذا كان محل الالتزام قيام بعمل ولم تكن شخصية المدين محل اعتبار في التنفيذ ولم يقم بالتنفيذ فبإمكان الدائن تنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين وهذا لا يسمى تعويضًا عينيًا بل تنفيذًا عينيًا جبريًا، وكذلك بالنسبة للامتناع عن عمل إذا أخل به المدين ولجأ المدين إلى القضاء لإزالة المخالفة ، فلو أجبر المدين على إزالة المخالفة فتكون أمام تنفيذ لما التزم به المدين عينًا أي أمام تنفيذ جبري.[3]

أما الأستاذ سعدون العامري فيرى أن هناك فرقًا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني فيقول : "أن هناك فرق بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، والتعويض العيني وهو إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وذلك لمحوه وإزالته إذا كان ذلك ممكنًا، لأن التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة إذا كان عقديًا، أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر ويغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية لأن التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الإضرار بالغير"[4].

وبعد أن توصلنا إلى ضرورة التمييز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني فلابد من بحث التعويض العيني وما هو موقف الشريعة الإسلامية منه إضافة إلى موقف الفقه المدني والتشريع والقضاء، خاصة إذا ما عرفنا أن هذا الطريق من طرق التعويض يعد أفضل طريق لتحقيق

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري، الجزء الأول، ٦٤٣، ص٩٦٦.

(٢) انظر :الوسيط ، السنهوري، الجزء الثاني ٤٤٠ ، س٧٩٨.

(٣) انظر : أحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم،ج١، ط٣، ١٩٧٧، ص١٥.

(٤) انظر : تعويض الضرر، سعدون العامري، مرجع سابق، ص١٤٩.

المقصود من التعويض كجزاء المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية، وتوضيحًا للبحث أثرنا أن نتناول أولاً موقف الشريعة الإسلامية ثم موقف الفقه والتشريع والقضاء.

أولاً : موقف الشريعة الإسلامية من التعويض العيني :

لقد وجدت أثناء البحث في التعويض في الشريعة الإسلامية أن تلك الفكرة تقوم على أساس مبادلة مال بمال فمن أتلف مالاً يدفع مثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان مالاً قيميًا، ونتيجة لذلك فالأصل في الشريعة الإسلامية التعويض العيني(1).

فقد روي أن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم لها بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمنها وقال النبي صلى الله عليه وسلم : (طعام بطعام وإناء بإناء)(2).

وفي هذا الصدد يقول أيضًا صاحب سبل السلام : "إن الحديث المتقدم دليل على أن من استهلك على غيره شيئًا كان مضمونًا بمثله" ثم يمضي قائلاً : "واستدل الشافعي ومن معه بقول النبي صلى الله عليه وسلم : (طعام بطعام وإناء بإناء) ، وبما وقع في رحابة أبو حاتم (من كسر شيئًا فهو له وعليه بمثله)(3).

من كل ذلك يتبين لنا الأصل في التعويض بالشريعة الإسلامية يكون عينًا.

ثانيًا : موقف شراح القانون من التعويض العيني :

لقد تباين موقف شراح القانون بشأن اعتبار التعويض العيني الأصل في التعويض أم لا.

فقال بعضهم : إن هذا النوع من أنواع التعويض لا يزال محل اختلاف فقد رأى بعضهم التعويض لا يمكن أن يكون إلا مبلغًا من النقود، أما الحالة الأخرى المتمثلة بإعادة

---

(١) انظر : شرح القانون المدني، سليمان مرقس، الوافي مصدر سابق، ص٥٢٧، حسن الخطيب، تعويض الأضرار المحدثة، مجلة ديوان التدوين القانوني، ع٤ س١، ١٩٦٢، ص٣٩.

(٢) انظر : صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البخاري، ج٣، مطبعة محمد علي صبحي، ١٣١٩هـ ١٧٩.

(٣) انظر : سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، ج٣، ط٣، ١٩٦٩م، ص٥٨، شهاب الدين أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج٥، ط١، ١٣١٩هـ، ص٧٧.

الحالة التي ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فإنها ليست تعويضًا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة إلا أنه لا يوجد هناك ما يمنع أن يلجأ إلى وسيلة أخرى غير الحكم بالتعويض النقدي للمتضرر، ولا فرق في ذلك بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية.

بينما ذهب بعضهم إلى أن الطلب الأصلي الذي يجب على المدعي (المتضرر) أن يتقدم به هو طلب التعويض العيني ولا يستطيع التقدم بطلب التعويض بمقابل إلا على شكل طلب احتياطي ولا يستطيع القاضي الحكم للمدعي بالتعويض النقدي إلا إذا تعذر القيام بالتعويض العيني.

أما حسن الذنون فقال إذا كان التعويض أكفل طريقة للتعويض إلا أنه توجد حالات استثنائية يمتنع فيها التعويض عينًا، ومنها الحالة التي تكون فيها شخصية المدين في التنفيذ محل اعتبار وامتنع عن التنفيذ فلا يمكن إجباره على ذلك لأن فيه مساس بحريته وكرامته فلا مجال للحكم بالتعويض العيني وإن كان بالإمكان اللجوء إلى وسيلة قانونية وهي الضغط على إرادة المدين وحمله على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية ، ولو أن هذه الوسيلة قد تفشل في حمل المدين على التنفيذ، وبالتالي فلا يبقى أمام الدائن سوى الرجوع إلى طريق التعويض النقدي[١].

أما الأستاذ سعدون العامري فقد ذهب إلى أن التعويض العيني ليس غريبًا على المسؤولية التقصيرية وأنه يتلاءم معها أكثر من ملائمته مع المسؤولية العقدية[٢].

وذهب آخرون إلى أن التعويض العيني يكون أجدى وسيلة لمحو الضرر في نطاق المسؤولية العقدية وهو الأصل بخلاف المسؤولية التقصيرية حيث يكون على سبيل الاستثناء ويكون التعويض بالنقد هو الأصل[٣].

وقد ورد أيضًا في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ – وهو يقضي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه – إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية)[١].

---

(١) انظر : المبسوط في المسؤولية المدنية، حسن علي الذنون، بند ٣٨٠ – ٣٨٦ .

(٢) انظر : تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، سعدون العامري، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٣) انظر : شرح قانون الموجبات، زهدي يكن، ص٤٦.

ثانيًا : موقف الأنظمة والقوانين من التعويض العيني :

إن أغلب التقنينات المدنية جعلت الأصل في التعويض أن يكون نقديًا جريًا مع الغالب من الأحوال والاستثناء أن يكون عينيًا وبعد توافر شروط معينة ومنها طلب الطرف المتضرر ذلك.

جاء في القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٤٢ : "كل التزام بالقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين"[٢].

فالنص المتقدم لم يشر إلى طريقة التعويض، لذا نجد أن أغلب الشراح قد استنتجوا أن التعويض يكون بالنقد في نطاق المسؤولية العقدية مع عدم استبعاد إمكانية الحكم بالتعويض العيني، فالنص المشار إليه لم يستبعد بأي حال من الأحوال إمكانية الحكم بالتعويض العيني إلا أن يستبعد الإكراه الشخصي الذي لا يصح اللجوء إليه لا في حقل المسؤولية العقدية ولا التقصيرية[٢].

أما القانون المدني المصري فلم يرد فيه نص يشترط أن يكون التعويض بالنقد حيث إن المادة ١٧١ مدني والواردة في الفصل المعقود للفعل غير المشروط خولت القاضي حرية طريقة التعويض تبعًا للظروف وحسب الأحوال[٣].

أما القانون اللبناني فيبدو من نص المادة ١٣٦ أن التعويض في الأصل يكون بالنقد ولكن باستطاعة القاضي بما له من سلطة تقديرية أن يجعله عينيًا كلما كان ذلك أكثر ملائمة لمصلحة المتضرر[٤].

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص ٣٩٦-٣٩٧.

[٢] انظر : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية ، حسن حنتوش ، مرجع سابق .

(٣) انظر : تعويض الأضرار المحدثة، حسن الخطيب، ص٣٦.

(٣) نصت المادة ١٧١ مدني مصري : "١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعًا للظروف ويصح أن يكون التعويض قسطًا كما يصح أن يكون إيرادًا مرتبًا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينًا. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعًا للظروف وبناء على طلب المتضرر، أن يأمر ....".

(٤) نصت المادة ١٣٦ موجبات لبناني :"يكون التعويض في الأصل من النقود ويخصص كبدل عطل وضرر غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عينيًا، ويمكن أن يكون على وجه الخصوص بطريقة النشر في الجرائد".

رابعًا : موقف القضاء من التعويض العيني :

لقد سلك القضاء المدني مسلك القانون في ما يتعلق بإعطاء قاضي الموضوع تبعًا للظروف سلطة اختيار طريقة التعويض الملائمة لإصلاح الضرر، ومنها التعويض العيني.

فالقضاء الفرنسي مثلاً بمحكمة النقض الفرنسية كانت في بادئ الأمر ترى التعويض لا يكون إلا نقديًا ولا تقر الحكم بالتعويض العيني فقد ورد في قرار لها : "إذا ثبتت مسؤولية الناقل البري للأشياء عن الضياع أو التغيب فالتعويض يحصل بإلزام الناقل المسؤول بدفع من المال على سبيل العطل والضرر ولا يجوز للمحاكم أن تحكم بإلزام الناقل بالتعويض عن الشيء الضائع أو المتضرر عينًا"(١).

إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تستقر على موقفها السالف فأجازت أن يكون التعويض بالنقد أو بغير النقد (تعويضًا عينيًا)، وأعطت لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة لاختيار طريقة التعويض الملائمة لجبر الضرر فقد صدر في قراراتها أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار طريقة التعويض الأنسب لإصلاح الضرر فقد يقضي بإلزام المسؤول بشيء معين بدلاً من إلزامه بمبلغ من المال كما لو ألزم المودع عنده بأن يقدم للمودع إطارات من نوع تلك الإطارات التي كانت مودعة وسرقت(٢).

الفرع الثاني : التعويض بمقابل :

وجدنا أثناء بحث التعويض العيني لا يترتب على القاضي اللجوء إليه متى ما تبين أن هذا الطريق من طرق التعويض أصلح من غيره لجبر الضرر، إلا أنه في حالات عديدة ترتبط أشد الارتباط بنوع الضرر الذي أصاب الدائن، قد يرى القاضي التعويض العيني غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر خاصة بالنسبة للضرر المعنوي فعندئذ لا يبقى أمامه سوى اللجوء إلى

---

(١) انظر : قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢٤/٦/٤، دالوز ١٩٢٤، ٤٦٩ ، مسؤولية الناقل في النقل البري، مجلة المحاماة، ع١، س٤٠-١٩٥٩-١٩٦٠، تصدر عن نقابة المحامين المصرية، ص١٧٣.

(٢) انظر : قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٣/١/٢٠ ،انظر : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية ، حسن حنتوش ، مرجع سابق .

التعويض بمقابل والذي قد يكون تعويضًا نقديًا أو تعويضًا غير نقدي وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

يكون التعويض نقدي أو غير نقدي، فأما كونه نقديًا فيكون متى تضمن الحكم الصادر به إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي.

ويعد التعويض النقدي في الوقت الحاضر الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن النقود تمثل إضافة إلى أنها وسيلة للتبادل فهي وسيلة للتقويم، لذا ففي كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض عينًا ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير النقدي يتعين على المحكمة أن تحكم بالتعويض نقدًا[1].

والحكم بالتعويض النقدي يعني إدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته نتيجة لإخلال مدينة بتنفيذ التزامه.

وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم يذكر صراحة التعويضات يجب أن تتمثل دائمًا بمبلغ من المال لمحو الضرر الذي تسبب فيه إخلال المدين بتنفيذ التزامه فإن المواد ١١٤٢ – ١١٤٩ مدني فرنسي وما بعدها قد قبلت ذلك ضمنًا إضافة إلى أن المادة ١١٥٢ مدني فرنسي قد عالجت الحالة التي يكون فيها الأطراف قد حددا بشكل مسبق مقدار التعويض بمبلغ من المال يجب على المدين دفعه.

والقانون العراقي لم يقيد محاكم الموضوع باتباع طريقة معينة لتقدير التعويض وإنما ترك المجال مفتوحًا أمامها لاختيار الطريقة الملائمة لجبر الضرر، وإذا كان القضاء العراقي قد أصدر أحكامًا عديدة بشأن التعويض العيني فإن الأحكام التي أصدرها والمتضمنة التعويض النقدي تكاد لا تحصى، ويمكن القول أن القضاء العراقي يتجه إلى الحكم بالتعويض النقدي كطريق من طرق التعويض أكثر من غيره من طرق التعويض الأخرى، فقد صدقت محكمة التمييز قرار

(١) انظر : تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، سعدون العامري، مرجع سابق، ص١٥٣، الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٥٢٨.

لمحكمة الموضوع حكمت بإلزام المدعى عليه بتأدية للمدعي مبلغ – ٨٥ دينار للضرر وقد استند الحكم على الكشف المستعجل وتقرير الخبير الذي أيد وجود أضرار وحصولها[١].

ونود الإشارة إلى أن التعويض النقدي متميز عن غيره من طرق التعويض الأخرى فهو صالح للحكم به أيًا كان نوع الضرر المحدث ماليًا أو معنويًا، فإذا كان الضرر ماليًا تحلل التعويض بالنقد إلى عناصره التي أشرنا إليها وهي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أما لو كان الضرر معنويًا فإن التعويض لا يتحلل إلى هذين العنصرين وإنما يعتبر عنصر قائمًا بذاته، كما أن التعويض عن الضرر المعنوي قد لا يؤدي إلى محو الضرر بالكامل وإنما قد يساهم إلى حدٍ ما في التخفيف من وطأته، وهذا هو التعويض النقدي.

وقد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبرًا للضرر تعويض غير نقدي، فهو ليس بالتعويض النقدي لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض العيني على اعتبار لا يتضمن أيضًا إلزام المدين بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم بأدائه.

فالتعويض غير النقدي يمكن أن يعتبر تعويضًا من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث[٢]، فيغلب الحكم به في الضرر المعنوي دون الضرر المالي ويتخذ شكل الحكم بمصروفات الدعوى أو نشر الحكم الصادر في الجرائد إظهارًا لحق المدعي تجاه المدعى عليه، واللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعويض يُعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى.

وقد يتخذ هذا النوع من طرق التعويض صورة الحكم بمصروفات الدعوى فقد يطالب من أصابه ضرر معنوي مثلاً بإلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى وذلك يشكل ترضية كافية له وفيه ما يكفي لجبر الضرر أو يتخذ الحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه، فمنح المضرور المبلغ الرمزي لا يعني أن التعويض قد أصبح نقديًا بل يعني استنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلال بتنفيذ التزامه، وإقرار في الوقت نفسه بحق

---

(١) انظر : قرار محكمة التمييز ٥٩٠/ح٣/١٩٧٠، النشرة القضائية ع٢، س١، س١٠٩.

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٣٩٦.

المتضرر الذي يستطيع بواسطته تلافي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته خاصة وإذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية ولا يسعى إلى الربح عند المطالبة بالتعويض[1] .

[1] التعويض القضائي دراسة مقارنة ، د حسن حنتوش الحسناوي ص ٤٤ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع .

المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية :

يمكن أن نوضح سلطة القاضي التقديرية من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : سلطة القاضي التقديرية في الفقه :

يعتبر مصطلح "السلطة التقديرية للقاضي" من المصطلحات الحديثة، والتي جاءت به الأنظمة المعاصرة في عالم اليوم، ولذا فلا نجد ذكرًا لهذا المصطلح بنصه وحرفه في الفقه الإسلامي في أوساط استعمالات الفقهاء، ولكن معناه ومحتواه متحقق في العبارات الفقهية على مستوى سائر المذاهب الفقهية.

وتتمثل "السلطة التقديرية للقاضي" في الفقه الإسلامي في الاجتهاد القضائي في استنباط الحكم الواجب تطبيقه في القضية المتنازع فيها عن طريق الأمارات والوسائل التي وضعها الشارع للدلالة على حكمه[١]، وهذه سلطة مقررة للقاضي من الشريعة الإسلامية، فبدونها لا يتمكن القاضي من تحقيق غاية الشريعة في تقرير حق التقاضي في المجتمع الإسلامي، والتي تتمثل في استقرار العدل بين الأفراد.

ومما يؤكد أن سلطة القاضي التقديرية هي بعينها سلطة الاجتهاد الممنوحة للقاضي، جملة من الأمور المستفادة من استقراء وتتبع لأقوال الفقهاء في هذا الشأن، وفروع المسائل الفقهية المقررة في كتب القضاء الإسلامي، ومن ذلك ما يلي :

١) تأكيد الفقهاء أن القاضي لا يتمكن من الحكم بالحق، إلا إذا جمع بين نوعين من الفهم؛ أحدهما : فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علمًا، والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الواقع، ثم طبق أحدها على الآخر[٢].

---

(١) انظر : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، د. أحمد محمود سعد، ص٤٥.

(٢) انظر : إعلام الموقعين، (٨٧/١)، الطرق الحكمية، ص٤.

٢) أنه يرجع إلى اجتهاد القاضي وتقديره في تحديد بعض الأمور التي تركت دون النص عليها، باعتبار أن القضايا تختلف فيما بينها، كما أن ظروف الناس تختلف تبعًا لاختلاف الأحوال والأزمان والمكان، فيكون في تحديدها حرج على الناس وتضييق في الأحكام، والحرج مرفوع في الشريعة كما هو معلوم، ومن ذلك تحقيق المثلية ، وتقدير النفقة، وضرب الآجال ونحو ذلك.

٣) أن القاضي في العديد من القضايا المشكلة يقف حائرًا أمام قصور النص، فلا يجد أمامه طريقًا للفصل فيها إلا للجوء إلى الاجتهاد فيها عن طريق الأدلة العقلية، وعلى قمتها القياس الأصولي، فيعمل رأيه في وجود شبه أو خلاف مع حالة منصوص عليها، كما يجتهد في البحث عن أي علة تربط بين الحادثتين – الفرع والأصل – ليبرر الحكم الذي يصل إلى تطبيقه[١].

٤) جاء في بعض اختيارات الفقهاء في بعض المسائل القضائية الفقهية، ربط اتخاذ القاضي لقرار معين بالنظر إلى المصلحة في هذا الشأن[٢].

٥) أن القاضي كثيرًا ما تلجئه ظروف الواقعة، وملابساتها إلى الأخذ بروح النص وفحواه، بدون التقيد بحرفيته، تمشيًا مع روح التشريع، وقواعد العدالة والإنصاف[٣].

٦) قرر الفقهاء، أنه من الطبيعي ألا يكون الاجتهاد على نحو واحد لاختلاف مسالكه، فالاختلاف الناشئ عن الاجتهاد، أمر مألوف بين القضاة[٤].

هذه بعض الأمور التي تحمل في ثناياها تأكيدًا على تمتع القاضي بأحقية الاجتهاد في القضية المعروضة، بل قد أجمع العلماء على عدم جواز الحكم قبل

---

(١) انظر : مجلة القضاء والتشريع، تصدر عن وزارة العدل بتونس، السنة (١٨) ، ملحق خاص لعدد (٣) لعام ١٩٧٦م، الاجتهاد في التشريع والقضاء، ص١١٦.

(٢) انظر : الاختيارات الفقهية لابن تيمية، ص٣٤٤.

(٣) انظر : المجلة السابقة الذكر .

(٤) انظر : مفهوم السلطة التقديرية ، القاضي المدني، مرجع سابق، ص٤٦.

الاجتهاد[(١)]، ويدور الاجتهاد في معناه حول "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"[(٢)] ، وفي هذه العبارة اختزال للجهد الصادر عن المجتهد – سواءً كان قاضيًا أو غيره – للظفر بحكم الشارع في النازلة، فهو في سبيل ذلك – كما تصوره بعض النصوص السابقة – يقوم بنشاط ذهني في تقدير واقع النزاع المطروح لتحصيل فهمه وإدراكه على الوجه الصحيح، أي : يجتهد في تقدير الصورة الصحيحة للواقعة الحادثة، والكشف عن حقيقتها من خلال ما يطرح من أدلة وقرائن فيها، ويعد التثبت من صحة الادعاءات التي يدلي بها الخصوم، يجتهد القاضي في تقدير الدليل الشرعي الذي يتضمن الحكم الذي يستجيب لمعطيات النزاع المطروح تمهيدًا لإنزاله عليه، وفي نهاية المطاف يقوم بإحداث تطابق بينهما من خلال محاولة إدراج تلك الواقعة في هذا الدليل، وذلك بواسطة عدة طرق منها :

١) تعيين المراد من النص الظني بحيث يمكن أن يتضح اندراج حكم الواقعة المعروضة تحته.

٢) تعليل النص بحيث يمكن أن يقاس حكم الواقعة الجديدة، والتي ليس فيها نص على حكم الواقعة المنصوص عليها.

٣) وهو إدخال الفروع تحت الأصول العامة، ونشدان المصلحة واستلهام روح الشريعة، ومقاصدها الكلية، وذلك بالتطبيق على القاعدة العامة التي تصبح الواقعة المعروضة إحدى جزئياتها ، ومندرجة تحتها[(٣)].

وبهذا يظهر أن اجتهاد القاضي لتحصيل حكم الشارع في القضية المنظورة أمامه يمر بثلاثة مراحل :

الأولى : تقدير ثبوت الوقائع التي يطرحها الخصوم من خلال الكشف عن حقيقتها بواسطة الأدلة والقرائن التي يقدمونها.

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي، (١١/٣١٠).

(٢) انظر : إرشاد الفحول، الشوكاني، ص٢٥٠.

(٣) انظر : د. نادية العمري، اجتهاد الرسول – صلى الله عليه وسلم – ص١٩١، د. محمد فوزي فيض الله، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ص٤٢.

الثانية : تقدير دخول هذه الواقعة تحت مظلة دليل شرعي يستجيب الحكم الوارد فيه لمعطياتها.

الثالثة : إنزال الدليل الشرعي على الواقعة لينتج الحكم المناسب لها.

ومن خلال هذا التحليل لماهية الاجتهاد القضائي، يظهر لنا مطابقته للسلطة التقديرية للقاضي التي يحدث عنها شراح الأنظمة في مؤلفاتهم في هذا الشأن، وذلك في عناصرها المكونة لها، والمراحل التي تمر بها[1].

وبناءً على ذلك، فيمكن أن أعرف الاختصاص التقديري للقاضي من منطلق الاجتهاد بأنه : بذل القاضي وسعه في سبيل إدراج الواقعة المطروحة أمامه تحت دليل شرعي لتحصيل حكم الشارع فيها، وعليه فتكون السلطة التقديرية للقاضي هي أحقية القاضي في مباشرة هذه الاختصاص التقديري.

وفيما يلي شرح للتعريف السابق :

- بذل القاضي وسعه : يخرج ما يحصل من التقصير، فإن معنى بذل الوسع أن يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب.
- في سبيل إدراج الواقعة المطروحة أمامه تحت دليل شرعي : فيه بيان للهدف من ممارسة القاضي لهذا الاختصاص.

والمقصود بالدليل الشرعي : ما اعتبره الشارع مصدرًا للأحكام الشرعية.

- لتحصيل حكم الشارع فيها : فيه بيان للثمرة المنشودة من وراء اجتهاد القاضي في التقدير.

(١) انظر : مفهوم السلطة التقديرية، القاضي المدني، مرجع سابق، ص٢٣٤-٢٣٨، د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية،ص١٦٢.

الفرع الثاني : سلطة القاضي التقديرية في النظام :

لا نجد تصريحًا واضح الدلالة في نظام المرافعات الشرعية[١] في المملكة العربية السعودية، يفيد تعريفًا نصيًا لماهية السلطة التقديرية للقاضي في جهاز القضاء السعودي، ولكن يمكن تلمس آثارها في بعض مواد النظام المذكور، والتي أحالت إلى المحكمة ممثلةً بقاضي الموضوع حرية اتخاذ بعض المواقف أو الحلول أو القرارات تبعًا لما تمليه عليه قناعته الذاتية المؤسسة على معطيات القضية المعروضة أمامه.

ومن تلك النصوص النظامية التي تشير إلى ذلك، ما يلي :

١) "إذا ظهر للمحكمة من أحد الوكلاء كثرة الاستمهالات بحجة سؤال موكله بقصد المماطلة فلها حق طلب الموكل بالذات لإتمام المرافعة"[٢].

٢) "إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ..."[٣].

٣) "تكون المرافعة علنية إلا إذا رأى القاضي من تلقاء أو بناء على طلب الخصوم إجراءها سرًا محافظة على النظام أو مراعاة للآداب العامة أو لحرمة الأسرة"[٤].

٤) "إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح، وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك ...."[٥].

٥) "إذا رأت المحكمة تعليق حكمها في موضوع الدعوى على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم فتأمر بوقف الدعوى ..."[٦].

---

(١) صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ في ١٤٢١/٥/٢٠هـ وبدأ العمل به في ١٤٢٢/٦/١٨هـ.

(٢) انظر المادة (٥١) من نظام المرافعات الشرعية.

(٣) انظر المادة (٥٣) من نظام المرافعات الشرعية.

(٤) انظر المادة (٦١) من نظام المرافعات الشرعية.

(٥) انظر المادة (٦٥) من نظام المرافعات الشرعية.

(٦) انظر المادة (٨٣) من نظام المرافعات الشرعية.

٦) "للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في دفتر الضبط ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها"[١].

٧) "للمحكمة أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب خصمه إذا رأت المحكمة حاجة لذلك.."[٢].

٨) "إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بدون عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة دون مبرر فللمحكمة أن تسمع البينة، وأن تستخلص ما تراه من ذلك التخلف أو الامتناع"[٣].

٩) " على الخصم الذي يطلب أثناء المرافعة الإثبات بشهادة الشهود أن يبين في الجلسة كتابة أو شفاهة الوقائع التي يريد إثباتها، وإذا رأت المحكمة أن تلك الوقائع جائزة بمقتضى المادة السابعة والسبعون قررت سماع شهادة الشهود...."[٤].

١٠) "إذا طلب أحد الخصوم إمهاله لإحضار شهوده الغائبين عن مجلس الحكم فيمهل أقل مدة كافية في نظر المحكمة ...."[٥].

١١) "يجب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل أو بدونها حسب تقدير القاضي...."[٦].

ومن خلال ما نستشفه من هذه النصوص النظامية وغيرها الواردة في نظام المرافعات الشرعية، نستطيع أن نتبين بعض أوجه السلطة التقديري التي خوّلها المنظم للقاضي في هيئة القضاء السعودي، ومنها :

أ- أنه في بعض الحالات نجد أن سلطة القاضي التقديرية أساسها في تنازل المنظم عن إرادته في التحديد، وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه بحسب ملابسات كل حالة

(١) انظر المادة (٩٩) من نظام المرافعات الشرعية.

(٢) انظر المادة (١٠١) من نظام المرافعات الشرعية.

(٣) انظر المادة (١٠٣) من نظام المرافعات الشرعية.

(٤) انظر المادة (١١٧) من نظام المرافعات الشرعية.

(٥) انظر المادة (١٢٢) من نظام المرافعات الشرعية.

(٦) انظر المادة (١٩٩) من نظام المرافعات الشرعية.

على حدة بما يتلاءم مع أهداف وظيفته، ولكن قد يقيد المنظم هذه السلطة التقديرية للقاضي في شكلها أو سببها أو محلها ويترك مجالاً تقديريًا جزئيًا في إصدارها أو مضمونها[1]، هذا يرجع إلى أن وظيفة المنظم أن يصيغ في عبارات عامة القواعد الأصولية للنظام، وأن يقرر المبادئ خصبة النتائج، لا أن ينزل إلى جزيئات المشاكل التي يمكن أن تتولد في كل موضوع[2].

ب- أن المنظم أحيانًا يخير قاضي الموضوع في اختياره لإجراء نظامي وارد ضمن أكثر من إجراء أورده النص النظامي وذلك وفقًا لتقديره في حالة بحسب ملابساتها الخاصة.

ج- قد يُخول المنظم القاضي حرية في تقدير بعض المواقف الصادرة عن بعض أطراف القضية، واتخاذ الأسلوب المناسب للتعامل معها طبقًا لقناعته الذاتية في حدود عناصر الدعوى.

كما يمكن القول بأن المنظم قد اعترف للقاضي بسلطة تقديرية في كل الأحوال التي يترك فيها لإرادته مجالاً حرًا للعمل، بل إن هذا الاعتراف حاصل في كافة فروع النظام، وحتى في الأحوال التي لا يوجد فيها اعتراف صريح من جانب المنظم بهذه السلطة للقاضي، وسبب ذلك يرجع إلى طبيعة القاضي، فهذا الأخير هو عامل الدولة المنوط به إعمال النظام، وإعمال النظام ليس عملاً آليًا، يتم بطريقة تلقائية، وإنما هو عمل ذهني وفني في المقام الأول، وهو عمل إرادي في ذات الوقت.

وبناءً على ما تقدم فيمكن أن أعرف السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح النظامي، بأنها : عبارة عن عملية تطبيق للنصوص النظامية المجردة في المجال الذي يترك فيه النظام للقاضي حرية التقدير في الحدود التي يقررها.

---

(١) انظر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية د. نبيل إسماعيل عمر، ص١٠٥.

(٢) انظر : مفهوم السلطة التقديرية ، مرجع سابق، ص٢٣٤.

المطلب الثالث : التعويض في الفقه الإسلامي :

إن فكرة التعويض في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس إزالة الضرر بإعادة الحال إلى ما كان قبل وقوعه، فهي فكرة موضوعية أساسها مبادلة مال بمال ويشترط في المال المضمون أن يكون مالاً متقومًا في ذاته وتمكن المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً منه فلا تعويض عن الخسارة التي تحملها الدائن أو من الربح الذي فاته إذا لم يوجد مال متقوم ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله، إن كان مثليًا ويأخذ قيمته إن كان قيميًا[١].

وإذا رجعنا إلى أغلب مراجع الفقه الإسلامي لا نجد مصطلح التعويض وإنما نجد مصطلح الضمان أو التضمين وهو يعني الحكم على الشخص بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته[٢].

وتجد فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية أساسها في قول النبي عليه الصلاة والسلام : "لا ضرر ولا ضرار "[٣]، وعند البحث في فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية يجب مراعاة القاعدتين التاليتين :

أولهما : الخراج بالضمان :

تجد هذه القاعدة أساسها في جزء من قول النبي عليه الصلاة والسلام : "الخراج بالضمان" وهو حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة في سننه[٤].

---

(١) انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، ج٦، ١٩٦٨، ص١٦٨.

(٢) انظر : الإسلام عقيدة وشريعة، محمد شلتوت، دار القلم، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٤٠٤.

(٣) إن معنى قولا لا ضرر أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئًا من حقه، والضرار أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه، وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع به، انظر : مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المجلد ٣، ج٣، ص٨١ ، والحديث رواه أحمد وابن ماجه وصححه الألباني .

(٤) انظر : سنن ابن ماجة، ج٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ص٧٥٤. زين العابدين بن نجم، الأشباه والنظائر عن مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب، بيروت، ١٩٨٠، ص١٥١.

وتتلخص هذه القاعدة أن من يضمن شيئًا لو تلف ينتفع به في مقابل الضمان، فلو رد المشتري مثلاً حيوانًا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي أنه الذي يتحمل خسارته.

والخراج هو ما يخرج ويتحصل من الملك فهو اسم للغلة مثل كسب العبد وأجرة الدابة ونتاج الأرض من طعام[1].

فالأجرة لا تجب في الحالة التي يجب فيها الضمان، فمستأجر الدابة لو هلكت بلا تعد منه لا يضمن سوى الأجرة، أما لو غصب الدابة فهلكت فيضمن قيمتها ولا أجرة عليه.

جاء في بدائع الصنائع للكاساني : "لو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لأنه صار غاصبًا حيث استعمله من غير إذن الولي ولا يجب الأجر لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان ..." [2].

وإذا كان الأجر والضمان لا يجتمعان فإن ذلك يكون في الحالة التي يتحد فيها السبب والمحل أما إذا اختلفا فلا مانع من الاجتماع، فمستأجر الدابة في المثال السابق لو أركب معه شخصًا آخر بعد وصولهما إلى المحل هلكت الدابة فإنه يلزم بنصف الأجر ويضمن نصف قيمة الدابة، فلزم الأجر كونه ركب بنفسه واستوفى المنفعة المعقود عليها. أما ضمان نصف قيمة الدابة فلأنه تعدى بأن أركب معه من يستمسك به بنفسه فكان الأجر لسبب والضمان لسبب آخر.

ويضيف السنهوري قاعدة أخرى مكملة للقاعدتين السابقتين وتقضي بأن الضامن يملك المضمون بالضمان من وقت قبضه ويكون المعيار في عدم اجتماع الأجر والضمان أن يقع الضمان فعلاً في دفع المدين قيمة الشيء أو مثله ويعتبر مالكه له من يوم قبضه فتكون منافعه له كما لك فلا يجب عليه الأجر وإذا صح ذلك فيجب القول أن الأجر والضمان لا

(١) انظر : أعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين محمد بن أبو بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، ج٢، ص١٢٧.

(٢) انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني، ج٥، مطبعة الأمم، مصر، دون سنة طبع، ص٢٥٦٠. أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني وقيل: الكاشاني علاء الدين فقيه حنفي، من أهل حلب عاش في القرن السادس الهجري توفي في حلب عام ٥٨٧ هـ ، من مؤلفاته :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

يجتمعان في حالة وجوب الضمان فعلاً أما إذا لم يجب الضمان، فمجرد احتمال تحمل تبعة الهلاك لا يمنع من الأجر ويكون اجتماع الأجر واحتمال تحمل التبعة في هذه الحالة أتيا على سبيل القياس[1]. وفي الفقه الإسلامي اختلف الرأي فيما يتعلق بضمان المنافع، فعند الحنفية لا تضمن لأنها أموال غير متقومة في ذاتها، وهي في الأصل من الأعراض وليس مالاً متقومًا، والمنفعة لا تقوم إلا بعقد كعقد الإيجار فتستحق الأجرة عن المنفعة لا بحكم الضمان بل بحكم العقد، ولو أن متأخري الحنفية عادوا واستثنوا بعض الحالات التي تضمن فيها المنافع وهي :

١) إذا استخدم الصغير بدون إذن وليه فالصغير متى ما بلغ سن الرشد أن يأخذ أجر المثل لخدمته من تلك المدة، وإذا توفي فلورثته أن يأخذوا أجرة المثل من مستخدم مورثهم .

٢) إذا كان المال مال وقف أو مال صغير فيلزم من يستولي عليه ضمان منفعته أي أجرة المثل .

٣) إذا كان المال معدًا للاستغلال فيلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة أي أجرة المثل، ولم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد، ولكن يشترط في الحالة الأخيرة لوجوب الضمان ما يلي :

١) أن يكون المال معدًا للاستغلال.

٢) أن يكون المستولي عالما أنه معد للاستغلال فلو لم يعلم بذلك فلا يجب عليه الضمان.

٣) ألا يكون المستولي على المال قد استولى عليه بتأويل ملك أو عقد[2].

---

(١) انظر : مصادر الحق، السنهوري، مرجع سابق، ص٧٩.

(٢) انظر : مصادر الحق، السنهوري، مرجع سابق، ص١٧٢، إبراهيم الدسوقي المحامي، التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص٧٢، هامش رقم (١) (بدون سنة طبع).

أما عند غير الحنفية فإن المنافع تضمن لأنها أموال يمكن حيازتها بحيازة أصلها وهي المقصودة من الأعيان ولولاها لما طلبت وهذا الرأي يتلاءم مع العرف والمعاملات المالية[1].

ونود الإشارة إلى أن التعويض في الشريعة الإسلامية نوعان :

أولهما : منصوص عليه في الشريعة كالدية والأرض، وثانيهما : غير منصوص عليه وهو ما يقدره الحاكم إما بنفسه أو بواسطة الخبراء كقيم المتلفات المالية أو البدنية وتعرف باسم حكومة العدل.

فالدية هي المال المؤدى مقابل متلف ليس بمال[2]، وتجب في القتل غير العمد وإذا وجهت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها العاقلة وعاقلة الشخص قبيلته، جاء في المغني لابن قدامة (ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق لأنه لازم له من غير جنائيها وعلى سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه، فلا يخفف من الجاني بما يثقل على غيره"[3].

أما إذا وجهت بغير ذلك وجهت من مال القاتل، وتجب الدية كذلك في الجناية على ما دون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة، والدية هي مائة من الإبل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم[4].

أما الأرض فهو عبارة عن الدية الجزئية التي تستحق من الدية المقررة شرعًا من عضو تمكن فيه المماثلة وأصيب بعضه دون البعض بحيث لا تجب الدية إلا بنسبة ما أصيب فهي نصف الدية في اليد الواحدة والعُشر في الإصبع ونصف العُشر في السن[5].

---

(١) انظر : محمود مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد المالكية فيه، مطبعة دار التأليف، ١٩٦٢، ص٢٨١، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ١٩٧٦، ح١، ص٤٠٠، المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان.

(٢) انظر : المبسوط، شمس الدين السرخسي، ح٢٦، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص٥٩.

(٣) انظر : المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ح٨، مكتبة القاهرة ، مصر، ١٩٦٩، ص٣٩٤.

(٤) انظر : نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية، إبراهيم الدسوقي المحامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع١-٤، ٢١-١٩٧٧، ص٨، عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨، ص٥٣.

(٥) انظر : مصادر الحق، السنهوري، ح١، منشورات محمد الداية، لبنان، بيروت، ١٩٦٧، ص٥١.

أما حكومة العدل فتكون في الجناية على ما لا تمكن المماثلة فيه عمدًا كان أم غير عمد ويترك للقاضي تقدير الجزاء فيها(١).

جاء في المغني لابن قدامه : "من قلع سنًا زائدة وهي التي نمت فضلة في غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم، أو إلى الشفة وكانت للجاني مثلها في موضعها فللمجني عليه القصاص أو أخذ حكومة في سنة، وإن لم يكن مثلها في محلها فليس للمجني عليه إلا الحكومة"(٢).

من كل ما تقدم تبين لنا أن فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس إن الضمان لا يخرج من كونه تعويض مدني محض غايته إصلاح الضرر وجبره لا توقيع عقوبة فهو لا يقع إلا في الجرائم التي تقع على المال كالغضب والإتلاف(٣).

وإذا كان الأمر كذلك فيمكن أن يثار التساؤل : - هل بالإمكان تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بالعقد في الشريعة الإسلامية؟ :

لا جدال بأن للعقد في الشريعة الإسلامية قوة ملزمة أساسها ما جاء بقوله تعالى :

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ......﴾(٤) وفي قوله تعالى : ﴿وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾(٥) .

---

(١) انظر : مصادر الحق، السنهوري، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) انظر :المغني ، ابن قدامة، مرجع سابق، ص٣٣٤.

(٣) انظر : نظرية العقد، السنهوري، دار الفكر للطباعة والنشر، ص٦٥،.

(٤) سورة المائدة:١. وقد جاء في تفسير البحر المحيط للأندلسي بشأن هذه الآية " أوفوا يقال وفى واوفى والعقود جمع عقد وهو ما التزمه الإنسان من مطلوب شرعي وهو عام يندرج تحت ما ربطه الإنسان على نفسه أو مع صاحب له مما يجوز شرعًا". ، محمد بن يوسف الشهير ابن حيان الأندلسي الغرناطي، تفسير البحر المحيط، ج٣، ط٢، ١٩٧٨م – ١٣٩٨هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص٤١١.

(٥) سورة الإسراء:٣٤. وقد جاء بشأن تفسير هذه الآية : "العهد عام فيما عقده الإنسان بينه وبين ربه أو بينه وبين آدمي في طاعة ، إن العهد كان مسؤولاً ظاهرة أن العهد هو المسؤول من المعاهد أن يفي له ولا يضيعه وقيل هو على حذف مضاف أي أن ذا العهد كان مسؤولاً إن لم يف به ومم كان مضمر يعود على العهد على ذي العهد مسؤولاً خبر كان وفيه ضمير لمفعول أي مسؤولاً هو عدم الإيفاء به ..."، ابن حيان الأندلسي، مرجع سابق، ج٦، ط٢، ١٩٧٨، ص٣٢.

فالعقد يتضمن تعهدًا ضمنيًا باحترام نتائجه، فعقد الإنسان أو تعهده الذي يباشره بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ومقيدًا لإرادته بإرادته، وهذا الإلزام يعني احترام لحرية التعاقد وللحقوق الناشئة عن ذلك العقد للمتعاقد الآخر[1]، فلو حصل إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزامته، التي ولدها العقد، وترتب على ذلك حصول ضرر فهل هناك من مجال للحكم بالتعويض على الطرف المخل بالتزامه؟.

لا يمكن إعطاء إجابة موحدة للتساؤل أعلاه، حيث لم يكن هناك اتفاق بين فقهاء المسلمين بشأنه، فقد تعددت الآراء الفقهية بين مؤيد ومعارض لفكرة التعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي.

فذهب رأي إلى أن عدم قيام الملتزم بتنفيذ التزامه العقدي يستوجب شرعًا إلزامه وإجباره على التنفيذ وأن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلى أن يمثل، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه امتناعه من ضرر لا يتمثل بفقد مال فهو أمر ى تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية اللتين تقضيان بأن أخذ المال لا يكون إلا تربعًا أو مقابل مال أخذ أو أتلف وإلا كان أكلاً له بالباطل، ولذلك يكون أخذ التعويض عن ضرر لم يتمثل بفقد مال غير جائز شرعًا طالما أن أسا التعويض هو مقابلة مال بمال ولو أن الإجارة أجيزت رغم أن فيها مقابلة مال وهي الأجرة بغير مال وهي المدفعة (حسب رأي الفقه الحنفي) للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيسًا على فكرة قيام الأعيان مقام منافعها وعلى تراضي المتعاقدين على ذلك، وبناءً على ما تقدم فإن الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية بالصورة التي تعرفها القوانين الغربية[2].

والرأي المتقدم أكثر انسجامًا مع فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية التي تقوم على أساس أن المضمون يجب أن يكون متقومًا في ذاته وأن تمكن المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه[3].

---

(١) انظر : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٩، مطبعة الألف باء الأديب، دمشق، ١٩٦٨، ص٤٦٧.

(٢) انظر : المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، محمود الشربيني، مجلة العدالة، أبو ظبي، ع١٩، س٦، ١٩٧٩، ص٣٦.

(٣) انظر : مصادر الحق، السنهوري، مرجع سابق، ح٦، ص١٦٨، المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، ح١، ص٤٠٠.

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن الإخلال بالعقد أو بأحد الشروط المقترنة به سواء كانت تلك المصرح بها في صيغته أو المدلول عليها عرفًا يعد سببًا من أسباب المسؤولية فالأخيرة تتقرر أما للإخلال بالعقد أو بأحد شروطه المذكورة أي المصرح بها فيه أو تلك التي يدل عليها العرف استنادًا للقاعدة التي تقتضي بأن "القاعدة المطردة تنزل منزلة الشرط" ، فالضرر الناتج إذن يوجب المسؤولية على المخالف، ففي عقد البيع مثلاً يوجب العقد سلامة المعقود عليه (المبيع) من العيب والاستحقاق فإذا ما ظهر بعد القبض تحقق أحدهما نهضت المسؤولية وكذلك الحكم نفسه فيما لو كان الإخلال بالشروط المصرح بها أو تلك المدلول عليها عرفًا[1].

وكذلك في عقد العارية لو أن المستعير قد استعمل اللباس المستعار استعمالاً لم يصرح به في العقد فيكون مسؤولاً لأنه أخر بالتزامه وبالتالي يقع في الحالة الإجرامية (على حد تعبير الأستاذ شفيق شحاتة) ويتحمل تبعة هلاك الشيء المستعار ولو لم يرجع الهلاك إلى فعله[2].

وكذلك الحال في عقد الوكالة فلو أخل الوكيل بالشرط كأن قال له موكله لا تبع ولا تشتر بنسيئة فباع أو اشترى بها بطل البيع والشراء ولا ربح للوكيل ولا لموكله بل تبقى العين على ملك مالكها، فمخالفة الوكيل لشرط وضعه الموكل يجعل البيع والشراء المخالف للشرط فاسدين فلو باع الوكيل مخالفًا لما وضع له الموكل من شرط وسلم المبيع ضمنه لتعديه[3].

والرأي المتقدم هو الأكثر رواجًا في الوقت الحاضر وسلكته أغلب القوانين ، وأن بعض القوانين قد استخدمت مصطلح الضمان بدلاً من التعويض تأثرًا بالفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون المدني الأردني الجديد لعام ١٩٧٦ فقد نصت المادة ٣٦٠ منه : "إذا تم التنفيذ أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين". أما المادة ٣٦٣ فقد نصت : "إذا لم يكن الضمان مقدرًا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

---

(١) انظر : الإسلام عقيدة وشريعة، محمد شلتوت، مرجع سابق، ص٤١٤.

(٢) انظر : النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، شفيق شحاتة، ح٦، طرفا الالتزام، مطبعة الاعتماد، بدون سنة طبع، ص ١٧٣ – ١٧٤.

(٣) انظر : الفتاوى الكبرى الفقهية، ابن حجر الهيثمي، ح٣، المكتبة الإسلامية، دياربكو، تركيا، ص٨٥.

الخاتمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، فله الحمد أولاً وآخرًا وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلم ... وبعد :

انتهينا من الكلام في (المسؤولية العقدية للمستشار القانوني) **وسنحاول – وعلى ضوء ما سبق – أن نستعرض النتائج التي وقفنا عليها خلال البحث ،وسوف أشير لبعض التوصيات مستعيناً بالله تعالى فأقول :**

١) تُعرف المسؤولية العقدية في النظام بأنها : "جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد" ، وقد عرفنا من خلال البحث أن العقد هو منشأ المسؤولية العقدية سواء في الفقه الإسلامي أم القانون ولا تقوم هذه المسؤولية إلا عند الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية.

٢) الفقهاء في الفقه الإسلامي يعبرون عن المسؤولية العقدية باصطلاحات مقاربة مثل ضمان العقد أو ضمان العهدة ، ويُعرف ضمان العقد بأنه: "شغل الذمة بحق مالي للغير جبرًا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه".

ويثبت في حالتين عند الإخلال بتنفيذ العقد ، أو عند الإخلال بشرط من شروطه المنصوص عليها أو المتعارف عليها.

٣) تتحقق المسؤولية العقدية بتوفر شرطين :

أ- وجود عقد صحيح بين الطرفين (المسؤول والمضرور).

ب- أن يكون الضرر الذي لحق المضرور راجعًا إلى الإخلال بالالتزام العقدي.

٤) لا تقوم المسؤولية العقدية حتى تتوفر أركانها وهي : الخطأ العقدي والضرر والرابطة بين الخطأ والضرر أو ما يسمى بعلاقة السببية ، وشراح الأنظمة المعاصرون يقيمون المسؤولية العقدية على الأركان الثلاثة وهي نفس العناصر التي يقوم عليها الضمان في الفقه الإسلامي.

٥) التعريف المختار للخطأ العقدي هو عدم تنفيذ العاقد لالتزامه، سواء كان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال أو كان سببًا مجهولاً.

٦) التزام المستشار القانوني هو التزام ببذل عنايه للوصول إلى الغرض المقصود من العقد سواء تحقق الغرض أو النتيجة المنتظرة من العقد أم لا ولما كان الأمر كذلك فإن معيار الخطأ العقدي للمستشار القانوني يتمثل بالإخلال بالتزامه المتمثل ببذل العناية المعتادة للوكيل المأجور.

٧) الضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية العقدية فلا يكفي الخطأ وحده لقيام المسؤولية العقدية، بل لابد أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن .

٨) التعريف المختار للضرر في النظام هو : "الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو في جسده أو في عرضه أو في عاطفته " ، وتعريفه المختار في الفقه هو : "مفسدة تلحق بالغير من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق".

٩) لا يجوز التعويض المالي عن الضرر الأدبي في الشريعة الإسلامية على الرأي الراجح بخلاف الأنظمة التي نصت على جوازه.

١٠) الفقه الإسلامي والقانون يتفقان على وجوب تعويض الضرر المادي بمختلف أشكاله إذا كان ضررًا محققًا.

١١) يقع عبء إثبات أركان المسؤولية عن خطأ وضرر وعلاقة سببية على المدعي إذ البينة على من ادعى.

١٢) وتُعرف علاقة السببية في النظام بأنها : "وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور.

١٣) عبّر فقهاء الشريعة عن رابطة السببية بلفظ الإفضاء، أي إفضاء الفعل إلى الضرر ويكون الإفضاء إلى الضرر بإحدى صورتين : إما بالمباشرة أو بالتسبب، ولا ضمان في الفقه الإسلامي بغيرها.

١٤) رأينا أن العلاقة السببية في الفقه الإسلامي والقانون المعاصر تلتقيان في النتائج

المترتبة على وجود هذه العلاقة، وهي تعني في القانون أن توجد علاقة مباشرة بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، كذلك فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون أنه لابد في الضمان أن يكون الضرر مرتبطًا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب.

١٥) تدفع المسؤولية العقدية للمستشار القانوني بنفي أي ركن من أركانها (الخطأ – الضرر – العلاقة السببية).

١٦) نفي العلاقة السببية إما أن يكون بصورة مباشرة بأن يثبت أن هذا الخطأ لا يؤدي إلى إحداث ذلك الضرر بحسب العادة، أو أن يكون بصورة غير مباشرة وذلك بإثبات السبب الأجنبي المنتج للضرر.

١٧) يُعرف السبب الأجنبي بأنه : "الفعل الذي ينسب إليه الضرر ويستقل عن المدعى عليه ولا يكون له يد في إحداثه" وقد عبّر الفقهاء عن السبب الأجنبي في أبواب الضمان ومسقطاته بالأمر الذي لا يمكن التحرز منه أو الأمر الغالب، وتناولوا صور السبب الأجنبي التي تناولتها الأنظمة فعبروا عن القوة القاهرة بالآفة السماوية أو الجائحة، وتناولوا أخطاء المضرور وخطأ الغير.

١٨) تُعرف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنها :" أمر غير متوقع وغير ممكن الدفع، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين" وجمهور الفقهاء متفقون على اعتبار الجائحة بشروطها مما لا يمكن التحرز منه ولا يمكن توقعه ولا دفعه سببًا مسقطًا للضمان والقاعدة : "أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه".

وبعد سردنا للنتائج المهمة لهذه الدراسة أذكر بعض التوصيات التي أرى من الأهمية الإشارة إليها :

١) من الجميل المسارعة في ضبط مسائل المستشار القانوني بوضع نظام يجمع متفرقه وتفصيله تحت مظلة واحدة.

٢) ينبغي عدم إعطاء ترخيص للمستشار القانوني إلا بعد مروره بمراحل يخوض فيها

غمار التجربة سواء في القضاء أو المحاماة .

٣) توعية المجتمع بأهمية عمل المستشارين القانونيين مما يعجل بالحكم لمعرفتهم بالأنظمة ، ويحفظ الحقوق .

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل عملنا خالصاً صواباً ، وهذا اجتهادي فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان جنبنا الله وقارئ كلماتي الخطأ والزلل برحمته إنه جواد كريم ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

الفهارس العامة

وتشتمل على :

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية والآثار .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم .

٢- تفسير ابن كثير . (النسخة الإليكترونية) .

٣- تفسير البحر المحيط، محمد بن يوسف الشهير ابن حيان الأندلسي الغرناطي، ج٣، ط٢، ١٩٧٨م – ١٣٩٨هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٤- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البخاري، ج٣، مطبعة محمد علي صبحي، ١٣١٩هـ.

٥- سنن ابن ماجة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة طبع.

٦- الإسلام عقيدة وشريعة، محمد شلتوت، دار القلم، القاهرة، بدون سنة طبع.

٧- الأشباه والنظائر عن مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين بن نجم، دار الكتب، بيروت، ١٩٨٠.

٨- أعلام الموقعين عن رب العالمين شمس الدين محمد بن أبو بكر، المعروف بابن قيم الجوزية.

٩- الالتزام بالإخبار، دراسة مقارنة، السيد محمد السيد عمران، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.

١٠- الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، سهير منتصر، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

١١- الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، نزيه المهدي، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني، مطبعة الأمم، مصر، دون سنة طبع.

١٣- التعويض بين الخطأ والضرر، إبراهيم الدسوقي المحامي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

١٤- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، محمد إبراهيم دسوقي، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية،

الإسكندرية.

١٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت.

١٦- دروس في نظرية الالتزام، محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

١٧- الذريعة إلى مكارم الشريعة للراغب الأصفهاني ، الناشر دار الكتب العلمية ١٤٠٠هـ الطبعة الأولى .

١٨- الروض المربع بشرح زاد المستنقع، منصور البهوتي ، مطبعة دار الفكر .

١٩- الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية ، باسم محمد رشدي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ١٩٨٩.

٢٠- الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، السيد محمد السيد عمران، مؤسسة الثقافة للجميع، الإسكندرية، ١٩٩٢.

٢١- عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء، محمد سعد خليفة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٢- عقد تقديم المشورة، د. حسن حسين البراوي، دار النهضة العربية ١٩٩٨.

٢٣- العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، وهبة الزحيلي ، مطبعة در الفكر .

٢٤- الفتاوى الكبرى الفقهية، ابن حجر الهيثمي، ح٣، المكتبة الإسلامية، دياربكو، تركيا.

٢٥- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٩، مطبعة الألف باء الأديب، دمشق، ١٩٦٨.

٢٦- فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق، علي سيد حسن، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.

٢٧- المبسوط، شمس الدين السرخسي، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٢٨- مجمع الضمانات، البغدادي، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ.

٢٩- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد المالكية فيه، محمود مصطفى شلبي، مطبعة دار التأليف، ١٩٦٢.

٣٠- المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، السنهوري، مصادر الحق، ص٤٠٠.

٣١- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردي، ١٩٧٦ المكتب الفني، نقابة المحامين، عمان.

٣٢- المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، محمود الشربيني، مجلة العدالة، أبو ظبي ١٩٧٩.

٣٣- المسؤولية المدنية في القانون المصري، مصطفى مرعي، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٤.

٣٤- المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، سليمان مرقس، القسم الأول ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١.

٣٥- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨.

٣٦- المسؤولية المدنية للمحامي، محمد عبد الظاهر حسن دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٣٧- المسؤولية المدنية، حسين عامر وعبدالرحيم عامر،دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩.

٣٨- مشكلات المسؤولية المدنية، جمال زكي، ج١، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨.

٣٩- مصادر الحق، السنهوري، ح١، منشورات محمد الداية، لبنان، بيروت، ١٩٦٧.

٤٠- معصومية الجسد، حمدي عبد الرحمن، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية، جامعة القاهرة، يناير/يوليو ١٩٨٠.

٤١- مسؤولية المباشر والمتسبب دراسة مقارنه بالشريعة الإسلامية والقانون المدني ، د. عماد أبو صد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،، ٢٠١١ .

٤٢- المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ، مكتبة القاهرة ، مصر، ١٩٦٩.

٤٣- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، حسن الفكهاني، عبد المنعم حسين، ١٩٨٥.

٤٤- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، أحمد حشمت أبو ستيت، "الكتاب الأول، "مصادر الالتزام"، لطبعة الثانية عام ١٩٥٤، مطبعة مصر..

٤٥- نظرية الالتزام، أحمد سلامة، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٧٥.

٤٦- نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية، إبراهيم الدسوقي المحامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٩٧٧.

٤٧- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، فوزي فيض الله، مطبعة الفيصل، الكويت.

٤٨- النظرية العامة الالتزامات، حسن عبدالباسط جميعي، الجزء الثاني، أحكام الالتزام دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٤٩- النظرية العامة للالتزام ، نزيه محمد الصادق المهدي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥٠- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، شفيق شحاتة، طرفا الالتزام، مطبعة الاعتماد، بدون سنة طبع.

٥١- النظرية العامة للالتزامات في القانون اللبناني، عبدالمنعم البدراوي، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سن نشر.

٥٢- النظرية العامة للالتزامات، عبدالحي حجازي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.

٥٣- النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، عاطف النقيب، الخطأ والضرر، ط١، مطبعة عويدات، بيروت، باريس، ١٩٨٣.

٥٤- النظرية العامة للموجبات ،جورج سيوفي، ج١، مصادر الموجبات، بيروت، ١٩٦٠.

٥٥- نظرية العقد، السنهوري، دار الفكر للطباعة والنشر.

٥٦- الوسيط في القانون المدني، السنهوري، الطبعة الثانية، دار النهضة، ١٩٨١م.

فهرس الموضوعات